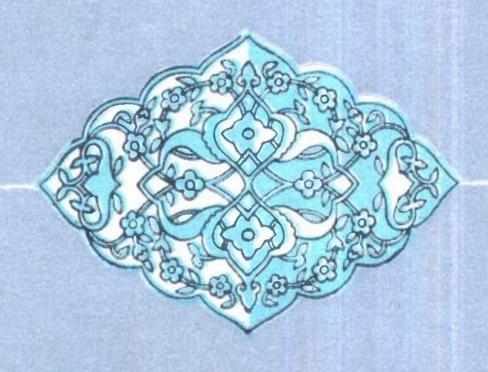
جمهورية مصر العربية
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
لجنة الخبراء

الحصّة بالعمل

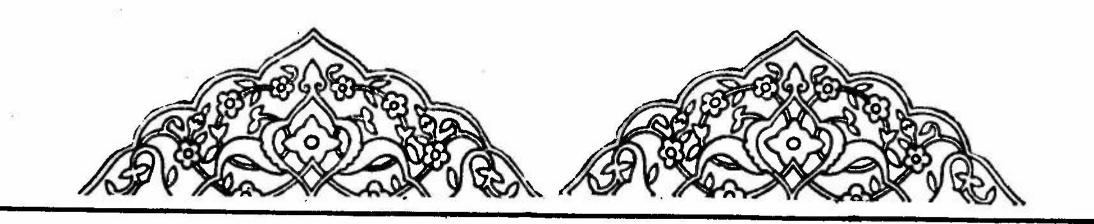
بين

الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

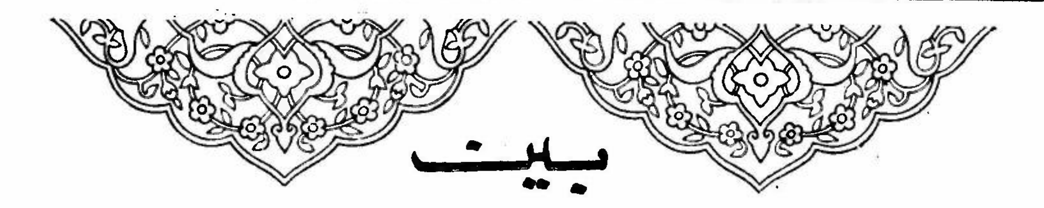
تأليف
الدكتور السيد على السيد



جمهورية مصر العربية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة الخبراء



الحصة بالعمل



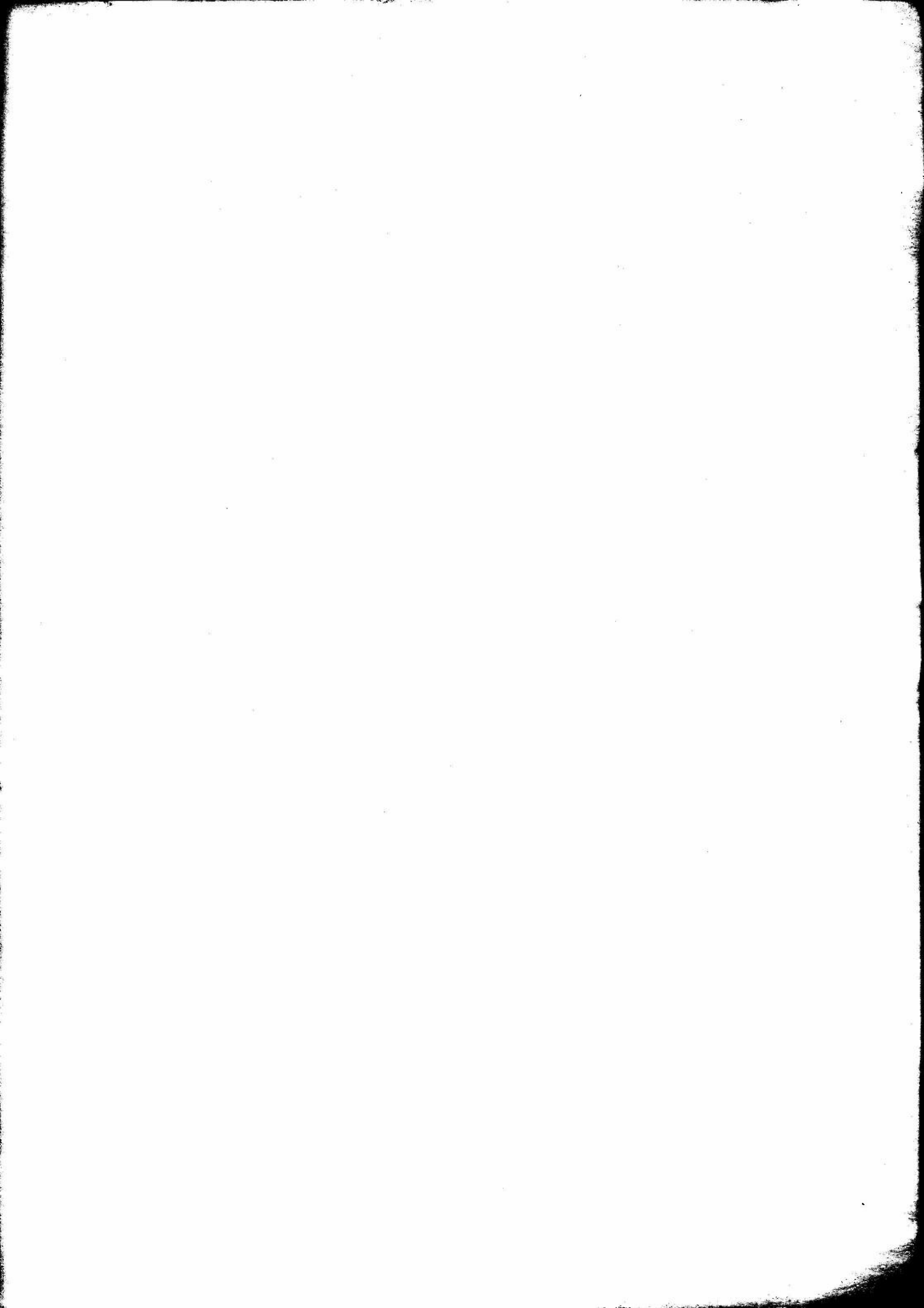
بين
الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

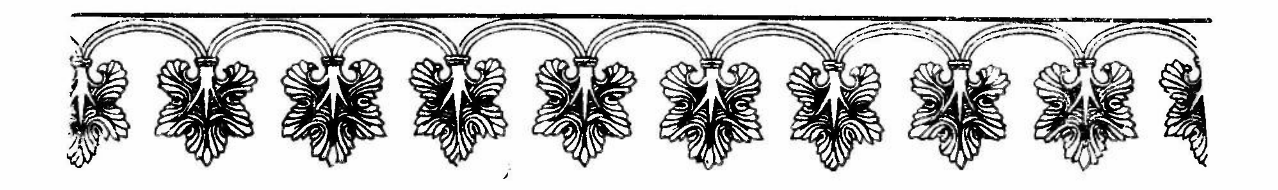
تأليف

الدكتور السيد على السيد

يشرف على إصدارها : محمد توفيق عويضة

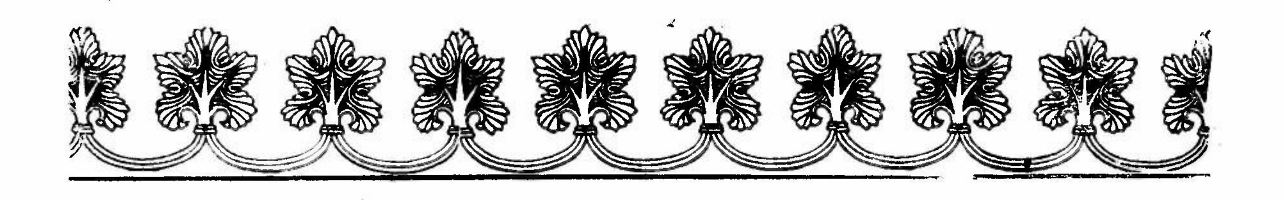
الكتاب الخامس عشر





إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ
وَالْعَمَلُ الصَّالِحُ يَرْفَعُهُ

صدق الله العظيم





إهداء

إلى من يتلمسون العدل ...

إلى الباحثين عن العدالة ...

إلى الذين يرجون لأمتهم الخير..

ففى تراثنا يجدون ما يصبون إليه.

ومن أجل ذلك ..

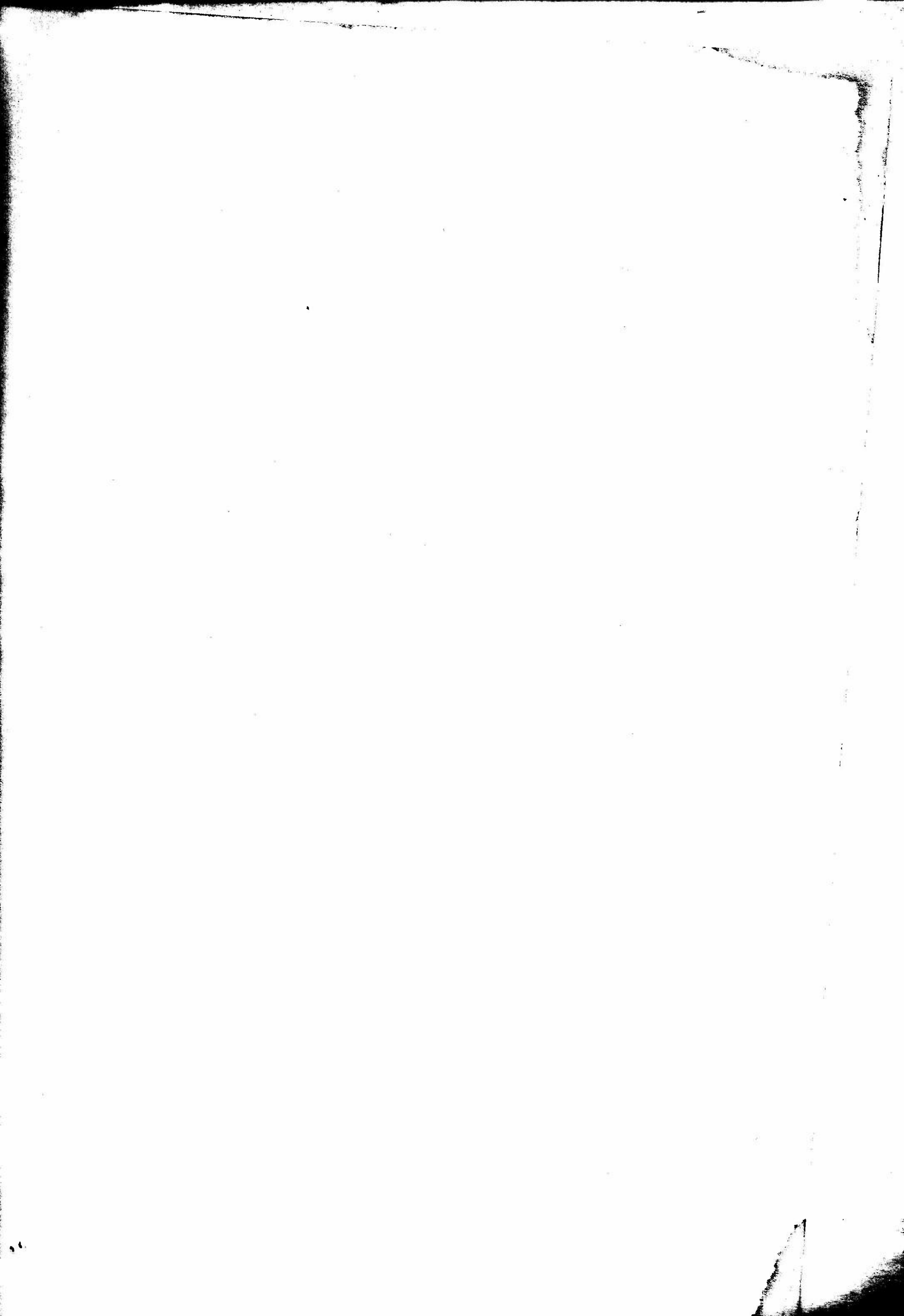
أهدى هذا الكتاب إسهاماً

فى الوصول إلى الطريق ،

١٠ من رمضان ١٣٩٣ هـ

٦ من أكتوبر ١٩٧٣ م

المؤلف



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم ، وعلى آله وصحابته ومن اتبع هداه الى يوم الدين ، وبعد •

أخذ الحديث عن العمل فى المجتمعات الحديثة يحتل مكان الصدارة بالنسبة للموضوعات الأخرى، سواء فى نطاق الافكار السياسية والاجتماعية أو النظريات القانونية، حتى صار معيارا لتقدم المجتمع، مدى الحقوق الحقوق التى يحصل عليها العمل باعتباره عنصر انتاج •

وقد عنيت تشريعات العمل أخيرا بما يرفع مستوى العمال ويحدد حقوقهم وواجباتهم ، منعا من الاستغلال ، ودفعا بالعمل والعمال الى ظروف أكثر ملاءمة •

لكن العمل ليست وسيلته الاستئجار فقط، بحيث يرتبط صاحبه بصاحب العمل بعلاقة تبعية عن طريق عقد اجارة الاشخاص ، وهو ما يعرف حديثا بعقد العمل •

انما للعمل اسلوب آخر يؤدى عن طريقة، هو اسلوب المشاركة فى تحقيق المشروعات ، بالدخول مع عنصر المال فى شركة • وهذا الاسلوب هو الذى يضع العمل — بحق — على قدم المساواة مع رأس المال • فالاثنان شريكان فى مشروع واحد ، يعملان معا على تحقيق أهدافه ، ويقصدان الى اقتسام ارباحه كما يتحملان نتائج تخلف الربح وتبعة وقوع الخسارة •

فالعمل والمال يكونان شركة لكل منهما فيها نصيب ، نصيب فى التكوين والتنفيذ يسمى حصة • وتحظى هذه الحصة بنصيب فى الأرباح كما أنها تعانى اذا تحققه خسارة • فالحصة اذن اما حصة مالية واما حصة عمل • وتظهر أهمية العمل هنا فى وقوفه جنبا الى جنب مع المال ، لا فرق بينهما الا فى الطبيعة الخاصة بكل منهما •

وقد كانت هذه الأهمية جديرة باجتذاب اهتمام القوانين ، ومع ذلك فان حصة العمل لم تحظ بالعناية التى تستحقها • ولعل مرجع ذلك هو تأثر القوانين بالاتجاهات التى كانت سائدة وقت صدورها • مما يشير الى ضرورة تحول سريع ، حتى تكون القواعد التى تحكم العمل فى كل صوره متفقة مع ما له من أهمية• وقد ظهرت بادرة هذا التحول فى القانون المدنى الجديد عندما أعرض عن مسلك القانون المدنى الملغى فى اعتبار حصة العمل مساوية لأقل الحصص المالية • الا أن هذه البادرة لازالت فى حاجة الى ما يؤازرها ليتم هذا التحول •

اذا كان الامر كذلك فى محيط القانون الوضعى ، فان الفقه الاسلامى — على العكس — قد بدأ اهتمامه مبكرا بحصة العمل. فوضع القواعد المحددة لهذه الحصة من حيث طبيعتها وخصائصها وما يترتب عليها من آثار. مما يعتبر مأثرة من مآثر هذا الفقه التى قدمها حفاظا على سلامة المعاملات واستقرارها . وتوكيدا لما للعمل من مكانة رفيعة فى الاسلام. فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلقى رجلا من الانصار فيرى فى يده خشونة فيسأله عما فى يده. ويرد الرجل أن ذلك من أثر المسحاه أضرب ، وأنفق على عيالى ... فيقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه يد لا تمسها النار » .

لذلك كانت غاية أبحاث هذه الرسالة متجهة نحو ابراز موقف الفقه الاسلامى من حصة العمل ، بالمقارنة مع ما وصلت اليه القوانين الوضعية فى هذا الشأن ، بالرغم من الفوارق الزمنية القائمة بينهما ، حيث وقفت حوائل مصطنعة فى طريق مسيرة الفقه الاسلامى ، فعطلت الاستفادة بأصوله وقواعده ، التى تعتبر — بحق — ثروة قانونية ضخمة . مما دعا علماء الغرب الى الاعتراف بهذا الفضل، فعلى سبيل المثال ما قرره مؤتمر « أسبوع الفقه الاسلامى » الذى انعقد بكلية الحقوق بجامعة باريس سنة ١٩٥٢ برياسة الاستاذ « ميو » من ان لمبادىء الفقه الاسلامى قيمة تشريعية لا يمارى فيها . وان اختلاف المذاهب الفقهية فى هذا النظام القانونى العظيم ينطوى على ثروة من المفاهيم القانونية ، وصناعة هى مناط الاعجاب يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجتها .

واذا كان علماء القانون فى الغرب قد استثار اهتمامهم هذا الفقه ، فانه من الحرى بنا ان نتجه اليه نستخرج كنوزه ، نستمد منها القواعد لمعاملاتنا .

وستعتمد طريقة البحث فى هذه الرسالة على النصوص الواردة بشأن حصة العمل فى كتب مذاهب الفقه الاسلامى ، وهى المذاهب السنية الاربعة الشهيرة ، والتى بقيت آثارها فى متناول الايدى حتى الآن بالاضافة الى المذهب الظاهرى . كما آثرت الا تهمل مذاهب الشيعة رغم تعددها . لكن لما كانت الاحاطة بها جميعا — بالاضافة الى مذاهب أهل السنة — عملا يقصر عنه الجهد فقد اكتفيت بمذهبين اثنين منها[1] ، هما الزيدية والامامية[2]، وذلك أملا فى ان يكون الاطلاع على الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص من خلال وجهات النظر المختلفة ، وحتى يمكن لدراسة مجموع هذه النصوص أن تعطى صورة صادقة لهذا الفقه.

لذلك فقد عنيت بذكر ما اخترت من نصوص هذه المذاهب فى صلب الرسالة ، ربطا للموضوع واشارة الى أهمية الاستناد اليها، ومحاولة لنقل ما تضمنته الكتب الفقهية الى يدى القارىء دون عناء ، وعلى ذلك تكون ثبتا لهذه النصوص .

وبالنسبة للقانون الوضعى سيكون الاساس النصوص القانونية التى تحكم الحصة بالعمل، وأقوال الشراح المصريين فى شأنها ، بالاضافة الى أحكام القضاء كلما أمكن ذلك . وسيكون الرجوع الى أقوال الشراح الفرنسيين بالقدر الذى يحتاجه القاء الضوء على موقف القانون المصرى . وقد اقتضى الحديث عن الحصة بالعمل فى بعض المواضع الحديث عنها من خلال

---

(١) دون التطرق الى المذاهب المتفرعة عن المذهب .

(٢) والمقصود الامامية الاثنا عشرية .

عرض موقف الشريك الذى يقدمها ، وذلك لانها اما ان تكسب هذا الشريك صفات معينة، تستوجب توفر شروط خاصة ، أو لما ترتبه له من حقوق كالحق فى المشاركة فى الأرباح والادارة .

ولن يكون من أهداف مقارنة موقف الفقه الاسلامى بموقف القانون الوضعى ، ازالة الفوارق بينهما ، أو محاولة الصاق رأى للفقه الاسلامى لا يراه . بل سنحاول دائما المحافظة على كيانه المستقل وروحه الخاصة فى معالجته للموضوع . ذلك ان محاولة التقريب قد تضيع على هذا الفقه تفوقه وسبقه . « ولا يعنينا ان يكون الفقه الاسلامى قريبا من الفقه الغربى ، فان هذا لا يكسب الفقه الاسلامى قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع . وهو جانب للفقه الاسلامى منه حظ عظيم [1] » .

خطة البحث :

لما كانت الحصة بالعمل نوعا من الحصص التى تقدم لتكوين الشركات ، رأيت أنه يكون من الاوفق دراسة بعض القواعد فى الشركات، مثل مشروعية عقد الشركة فى الاسلام ، وأنواع الشركات ، والشخصية المعنوية لها ، وقواعد الادارة والمسئولية فيها . وذلك القاء للضوء على نظرية الشركة فىالفقه الاسلامى ، وتمهيدا لعرض قواعد هذه الحصة ووضعها . وتبيانا لما قد يكون من قواعد خاصة بها ، استثناء أو وفاقا لهذه القواعد العامة .

وأخيرا توضيحا للنطاق الذى يمكن ان تقدم فيه هذه الحصة .

وقد تضمن دراسة هذه القواعد العامة باب تمهيدى .

وخصصت لبحث القواعد الخاصة بحصة العمل بابين ، نجمل بعدهما البحث فى خاتمه .

ويتناول الباب الأول ماهية الحصة بالعمل، ويتناول الباب الثانى وضع الحصة بالعمل فى أطوار الشركة ، وكذلك النطاق الذى تقدم فيه .

والله أرجو أن يكون التوفيق حليف طريقى فى هذا البحث ، وان يجعل لى من الصواب حاديا الى الطريق السوى .

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للدكتور السنهورى جـ ١ ص ٣ .

باب تمهيدى

الشركات بوجه عام

مشروعيتها — أنواعها — الشخصية المعنوية
مسئولية الشركاء عن ديون الشركة — ادارتها

مقدمـات :

١ — معنى الشركة :

لعل أول ما يتجه اليه التفكير حين سماع لفظ الشركة هو الحال الذى يوجد بين الشركاء ، والارتباط الذى يوجد بينهم التعاون والتضافر ، والقصد المشترك الى تحقيق نفعهم جميعا .

فللوهلة الاولى لا يتحرك التفكير الى السبب الذى لا تكون تلك الحال الجديدة الا أثرا مترتبا عليه ، حيث أن التسمية يقصد بها أصلا تلك الحال التى تنشأ بين الشركاء . ومع ذلك فهذا اللفظ يطلق على كل من الأثر وسببه، فهو يطلق على العقد — كسبب منشىء للشركة

كما يطلق على الوضع الجديد الذى ينشأ بين الشركاء .

هذا الوضع الجديد أخذ يتميز بكيان مستقل عن كيان أشخاص الشركاء حتى أعتبر شخصا آخر له مقوماته الخاصة . وعلى ذلك صار لفظ الشركة اذا أطلق يقصد به المعينان : الشخص الاعتبارى ، والعقد الذى تكون بمقتضاه .

ويطلق الفقه الاسلامى لفظ الشركة على معان مختلفة[1] ولذلك نرى له نطاق استعمال أوسع مما فى القانون الوضعى .

فالشركة فى الفقه الاسلامى قد تكون شركة اباحة ، والمقصود بها اشتراك سائر أفراد المجتمع فى الانتفاع بالاموال المباحة ، والأصل فى ذلك حديث رسول الله صلى عليه وسلم : « الناس شركاء فى ثلاثة الماء والكلأ والنار » واضح هنا التوسع من الفقهاء فى المعنى المقصود من لفظ الشركة ، اذ المراد من الحديث الشريف اباحة انتفاع جميع الأفراد بمختلف المباحات وهو حق من الحقوق العامة .

ويطلق لفظ الشركة ويقصد به شركة الملك[2] . وهى الحياة التى يمتلك فيها اثنان أو أكثر شيئا واحدا سواء كان ذلك أثرا لتصرف صادر منهم كشراء اثنين لعقار معين ، أو كان

(١) على الخفيف ، الشركات فى الفقه الاسلامى ص ٥ .

(٢) كشاف القناع جـ٢ ص ٢٥٢ « وهى نوعان اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف فالنوع الاول شركة فى المال كاثنين ملكا عينا بمنافعها بارث أو شراء أو هبه ونحوها ... والنوع الثانى شركة عقود » .

بسبب لا دخل لارادة الشركاء فيه كالارث ، اذا خلف الورثة مورثهم فيما كان يملكه مع ابقـاء هـذا الملك دون قسمة بينهم ، وهو ما يعرف بالملك الشائع •

واخيرا يطلق لفظ الشركة ويقصـد به تلك التى يكونها اثنان أو أكثر بطريق التعـاقد بقصد تحقيق الربح ، كما يقصد به العقـد المنشىء للشركة •

ويطلق اللفظ عند فقهاء القانون الوضعى على الشخص المعنوى الذى ينشأ بعقد الشركة كما يطلق أيضا على ذات العقد المنشىء له[1] •

وقريب هذا المعنى المقصود عند فقهاء القانون مما نجده عند بعض الفقهاء الاسلاميين فعلى سبيل المثال يعرف صاحب كشاف القنـاع من الحنابلة الشركة بأنها : « اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف »[2] فالشركة تطلق على ذات الاجتماع أى على المجموع الذى يبـرز بسبب العقد ، كما تطلق على العقـد حيث نجد ذلك فى نهاية المحتـاج من كتب المذهب الشافعى فالشركة : « ثبوت الحق شـائعا فى شىء واحد ، أو عقد يقتضى ذلك »[3] •

والحصكفى من الحنفية فى كتابه الدر المختار يعرف الشركة فيقول : « لغة الخلط سمى بها العقـد لأنها سببه شرعا »[4] ويشرح ابن عابدين فى حاشيته على الـدر ذلك بقوله : « ••• لأن العقـد سـببه الشركة التى حقيقتهـا الخلط فالعلاقة السببية من اطلاق اسم المسبب على سببه »[5] •

فالشركة اذن هى أمـا العقد الذى يبرمه اثنان أو أكثر للاشتراك بالمال أو العمل بقصد تحقيق الربح أو هى ذات اجتماع فى التصرف الذى يترتب على العقد •

وفى نطاق القانون الوضعى هى أيضا اسم للعقد المنشىء لها ، أو الشخص المعنوى الذى يتكون من اجتماع الأشخاص والأموال وينشأ بانعقـاد العقـد •

أهمية الشركات :

برزت أهمية الشركات منذ زمن غير قريب، وظلت الأهمية تواكب فـكرة الشركة كلمـا سارت مع الزمن مؤدية دورها ، ولعل مصدر هذه الأهمية يكمن فى أهمية الأدوار التى تقوم بهـا الشركات فى حياة النـاس — أفـرادا وجماعات — ولا سيما الجـانب التجارى من هذه الحياة • كما تتطور هذه الأهمية بتطـور أهمية الاغراض والمصالح التى تضطلع بهـا الشركات •

فالشركة وهى تقـوم على فكرة تجميع وتضافر الجهود والأموال يمكنها التغلب على قصور قدرات الأفراد عن القيام فرادى بأى نشاط ذى بال • وبذلك فهى تتصدى للمشاريع التى لا يستطيع الفرد وحده — بل أحيانا — العدد القليل من الأفراد التصدى لها •

وقد استرعت هذه الأهمية انتباه المشرع، فبدت منه العناية الفائقة بالشركات ليوفر لها النجاح فى أداء مهمتها التى تعود بالنفع على الشركاء والمجتمع على السـواء • ثم هو — لاسيما فى الوقت الحاضر — يقظة منـه الى هذه الاهمية والى الخطورة التى قد تنجم عن

---

(١) ملس بند ١٩ ، مصطفى طه ص ٢٤٤ هامش ١ محسن شفيق الموجز بند ١٥٧ ، على يونس بند ٢٠ ، البارودى ج ١ بند ١٠٢ ، حسنى عباس بند ١ •

(٢) ج ٢ ص ٢٥٢ •

(٣) ج ٤ ص ٢ •

(٤) ج ٢ ص ١٣٨ ، وهو يعطى المعنى اللغوى للفظ الشركة وهو الخلط أى الاختلاط والامتزاج.

(٥) ج ٣ ص ٣٤٣ •

التجميع الكبير للأموال الوافرة ، بما يحقق لمثل هذه الشركات من السلطــان المؤثر على الأسواق ، أخــذ يلاحق الشركات ــ وعلى وجه الخصوص شركات المساهمة ــ بالقواعد المنظمة حماية لصغار المستثمرين من جهــة ، وضمانا لسير هذه الشركات فى حدود الاطار العام لأهداف المجتمع •

ولعل هذا السلطان الكامن فى الشركات ، هو الذى يحدو اتجاه المشرع فى كثير من الأحوال الى تأميمها ، نقلا لملكيتها من النطاق الخاص الى نطاق الملكية العامة ، مخافة استغلال هذا السلــطان استغلالا ســيئا وأملا فى تحقيق صوالح المجتمع •

٣ ــ وقد كانت فكرة الشركة محل اهتمام الفقه الاسلامى ، حتى أحــاطت دراســاته وأبحـــاثه بالجوانب المختلفـــة للـــفكرة مستندا فى ذلك الى أصول الشريعة الاسلامية، حيث وضع جذور نظرية عامة للشركات على أسس سليمة بعد تخليصهــا من القواعد غير الصالحة التى كانت تقوم عليها الشركات لدى العرب قبل الاسلام •

على أن استشعار الفقــه الاسلامى لأهمية الشركات وخطورة الدور الذى يمكن أن تقوم به جعله يلاحقها بالقواعد الآمــرة ، فلم يترك أمر تنظيمها للقواعد الاتفاقية فقط ، كما لم يترك هذا الأمر للقواعد المعروفة فى اصطلاح القانون بالقواعد المكملة أو المفسرة وهى التى لا تكون ملزمة الا فى الأحوال التى لا يتفق الشركاء على خلافها ولهــذا نجــد الكثير من القواعد الملزمة التى لا يجــوز الاتفاق على خلافها واذا قام هذا الاتفاق كان باطلا ويكتفى البعض من الفقهاء ببطلان هذا الاتفاق فقط ، بينما يمتد هذا البطلان عند البعض الآخــر ليلحق بالشركة بأسرهــا •

مثال هذه القواعد : ــ

قاعدة : « الوضيعة على رأس المال » :

فهى من القواعد الآمرة التى تلزم الشركاء بعدم الاتفاق على خلافهــا ، وبمقتضى هــذه القاعدة توزع الخســارة على الشركاء تبعــا لنسبة حصصهم المالية التى قدموها فى رأس مال الشركة • ولذلك يكون باطلا الاتفاق على أن أحد الشركاء أو بعضهم يتحمل من الخسارة نصيبا يفــوق نسبة نصيبه فى حصص رأس المال أو يقل عنهــا •

وقاعدة : « توزيع الربح على قدر الحصص الماليــة » :

قاعدة آمرة أيضا ، فهى تقضى بأن الحصة المقدمة فى رأس مــال الشركة تحــدد نصيب الشريك فى الارباح ، فلابد من التنــاسب بين الحصة المالية وقدر نصيبها من الربح • وعلى هذا لا يجوز أن يفضل نصيب أحــد الشركاء نصيب شريك آخر فى الربح اذا كانــا قــد تساويا فيما قدما ، من رأس المــال وقد أباحت بعض المذاهب التفاضل فى الربح بين الشركاء ولو تساوت حصصهم الماليـــة فى رأس مــال الشركة ولكن هذه المذاهب قيدت أجازتها هذه بأن تكون الزيادة فى الربح مقابلة بزيــادة فى العمل وبذلك نجــد أنها مع تقبلها لاتفــاق الشركاء على تفاوت أنصبتهم فى الأرباح مع حصصهم فى رأس المال ، متمسكة بالقاعدة غير مجيزة الاتفاق على خلافها ، طالما أن هــذا الاتفاق على التفاوت فى الربح حصيلة للتفاوت فى العمل ، فمن يحصل على ربــح يزيد على الحصة المتفقة مع حصته فى رأس المال انمــا يحصل عليه فى مقابلة حصــة عمل قدمهــا مضافة الى حصته المالية ، وهكذا تتأكدالقاعدة وسريانها عند جميع المذاهب ولو ان الظاهــر قد يوحى بوجود خلاف حولها •

وبتطبيق هاتين القاعدتين يتحقق أكبر قسط من العدالة بين الشركاء ، وتتوفر الحماية لصغار المساهمين من تسلط الشركاء ذوى النفوذ الكبير الذى قد ينتج عن ضخامة ما أسهموا به فى رأس المال ، وذلك بالحيلولة بين هؤلاء الشركاء وبين فرض شروط قد تكون مجحفة ، كما اذا اشترطوا تحمل جزء من الخسارة أو الحصول على جزء من الأرباح يختل فيهما التناسب مع مقدار الحصص المالية المقدمة منهم .

٤ ــ مشروعية الشركات فى الفقة الاسلامى :

الحق أن الشارع الاسلامى قد أقر هذا النوع من التعامل ، ورتب على عقد الشركة آثاره اذا انعقد سليما فى أركانه وأوصافه ، وقد تضافرت عدة نصوص وآثار على اثبات المشروعية لعقد الشركة منها : ــ

أولا : ماروواه أبو هريره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : « ان الله يقول أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا ما خانه خرجت من بينهما » . رواه أبو دواد[١] .

ثانيا ما روى عن السائب بن أبى السائب انه قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لاتدارى ولا تمارى » أخرجه أحمد وأبو داوود وابن ماجة وصححه الحاكم ، واخرجه أحمد من وجه آخر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للسائب : « مرحبا بأخى وشريكى ..... الحديث » [٢] .

ثالثا : ما جاء عن أبى المنهال أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضه بنقد ونسيئة فبلغ النبى صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ماكان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه . رواه أحمد والبخارى بمعناه [٣] .

رابعا : اجماع الفقهاء[٤] . على جواز الشركة دون نكير فلم يعرف منهم أحد عارض فى جوازها ، اللهم الا بعض الخلاف الذى ثار حول أنواع من الشركات بين المذاهب ، وسيأتى بيانها . فالشركة من حيث الأصل والمبدأ جائزة بالاجماع .

خامسا : ان شرع الشركة روعى فيه مصالح الناس ، حيث أن الشركة وسيلة من وسائل استثمار الأموال وانمائها بطريقة عملية ناجحة للقيام بالمشروعات التى لا يستطيع الفرد القيام بها ، وان استطاعهما فقد يحجم عنها مخافة تحمل تبعة خطيرة أو خسارة فادحة . فالحاجة الى الشركات جد متحققة ، ورفعا للحرج ورعاية للمصالح كانت أجازتها .

وبذلك يتضح أن أجازة الشركة ثبتت بالحديث القدسى ، وبالسنة التقريرية ، واجماع المسلمين . ولاشك أن الاجماع قد استند الى الاصلين السابقين عليه [٥] .

وأخيرا فان المصلحة تقتضيها .

٥ ــ فالشركة مشروعة فى الاسلام وقد تبين أنها كانت معروفة قبله فأقرها وهكذا كان شأن الاسلام فيما وجد عليه العرب من عادات ، فأخذ بها ان صلحت وهذبها ان احتاجت الى ذلك ، والغى مارأى فيه مايتعارض

(١) نيل الاوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٢٣ .
(٢) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى ص ٣٢٦ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٢٣ .

(٣) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٢٣ .
(٤) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢ .
(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٢ (وهى جائزة بالاجماع لقوله تعالى : « وان كثيرا من الخلطاء ... ») .

مع أصوله وقواعـده حتى لا يلحـق الضرر بمصالح المجتمع الجـديد الذى بدأ يكونه ، وهو فى كل ذلك يبين المنافع والمضار • ولقد رأينا رسول الله صلى الله عليه وسـلم فى حديث أبى المنهال [١] ينظم موضوع نشـاط شركة عرضت عليه فأباح ما يتفـق والشرع الاسلامى ومنع ما يتعارض مع مبادئه • وكل ذلك يتفق ومنطق تشريع جاء يحقق مصـالح الناس ويرعاها على مختلف العصور والأزمنة•

وفى هـذا المعنى يقول أستاذنا الشـيخ محمد شلبى : « والسبب فى ذلك أن الاسلام لم يأت ليهدم ما كان عليه النـاس من مدنية وأخلاق وعادات ليؤسس على انقاضها مدنية جديدة وعادات وأخلاقا أخرى وانما كان ينظر الى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحـة أو مفسدة ويعطيها الحكم تبعا لذلك [٢]» •

وما كان الاسلام ليلغى التعامل بالشركة وقد ثبت أنها الطـريق الذى كان يحتاجه المستقبل بما فيه من نشاط تجارى واقتصادى هـام يحتاج الى تضافر الجهود وجمع الأمـوال • بل هو قد ندب اليه بدليل الحديث القدسى « أنا ثالث الشريكين ••• » فان الله سبحـانه وتعالى يبقى مع الشركاء يعينهم وينزل البركة فى تجارتهم مالم تقع الخيانة بينهما فان وقعت رفع الله عنهما العون ، وهذا ما يدل عليـه معنى « خرجت من بينهما »[٣] •

هذا عن مشروعية الشركة بوجه عـام الا أنه يوجد نوع خاص من أنواع الشركة لـه وضعه المتميز وأهميته العملية فورد فى شأن مشروعيته خاصة أدلة مستقلة ، هذا النـوع هو شركة القراض أو المضاربة وهى شركة بمال من جانب [٤] وعمـل من جانب آخـر ، أى اشراك شخصين أو أكثر على أن يقدم أحدهما رأس المال ويقدم الآخر العمل وقد يتعدد كل من الجانبين •

---

(١) راجع بند ٤ ثالثا •

(٢) المدخل ص ٤٤ •

(٣) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢ •

(٤) الزيلعى جـ ٥ ص ٥٢ ، وسيأتى الكلام عن مشروعيتها عند بحث حصة العمل من الناحية التاريخية •

الفصل الأول

أنواع الشركات

٦ ـ تتنوع الشركات الى عدة أنواع فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وان اختلف كل منهما فيما يحدده ، ويأخذ به من هذه الأنواع ، الا أن كليهما يتفقان فى الأصل الذى ترد اليه هذه الأنواع .

ونبحث أولا فى أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى ثم أنواعها فى نطاق القانون ونتبع ذلك ببحث رد الانواع جميعا الى أصل يتفق القانون فيه مع الفقه الاسلامى .

المبحث الاول

أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى

٧ ـ يعرف الفقه الاسلامى أنواعا من الشركات تجيزها جميعا بعض مذاهبه كالمذهب الحنفى ، والمذهب الحنبلى . والشيعة الزيدية . وأجيزت بعض هذه الأنواع دون البعض الآخر كما هو الامر عند المالكية . ومن مذاهب هذا الفقه من لم يجز الا نوعا واحدا كالشافعية وأهل الظاهر والشيعة الامامية . فما هى هذه الانواع ؟ وما موقف المذاهب من كل منها ؟ هذا ما نعرضه ثم نخلص الى رأى فى هذا الموضوع .

المطلب الاول

تقسيم الفقه لانواع الشركات

٨ ـ المقصود هنا تقسيم أنواع شركة العقد حيث أن الفقه الاسلامى ـ كما سبق ـ يعرف شركات أخرى ليست هى موضع الدراسة كشركة الملك وشركة الاباحة والشركة فى الدين .

وشركة العقد هى الشركة التى تقع اختيارا بطريق العقد ، ويقصد منها استثمار المال وأحيانا الحصول عليه ، كما أن المقصود بالشركة هنا ليس ذات العقد بل هو الاجتماع الذى ينشأ عن العقد أو هو بالتعبير الحديث الشخص المعنوى الذى يوجده العقد .

والشركة بهذا المعنى عند الحنفية تنقسم الى عدة أقسام ، وان اختلفت أقوال فقهائهم فى كيفية تقسيمها .

فيقول أبو الليث السمرقندى : « وانما شركة العقود على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ، ويقال شركة المضاربة » [١] .

بينما يقول الكاسانى : « أنواع شركة العقود ثلاثة شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال وتسمى شركة الأبدان وشركة الصنائع وشركة التقبل ، وشركة بالوجوه ... » ثم يقول فى موضع آخر : « ... واما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة » [٢] .

وجاء فى الاختيار : « وشركة العقود نوعان شركة فى المال وشركة فى الأعمال ، فالشركة

---

(١) خزائن الفقه .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ٥٦ ـ ٥٧ .

فى الأموال أنواع مفاوضة وعنان ووجوه وشركة فى العروض ، والشركة فى الأعمال نوعان جائزة وهى شركة الصنائع ، وفاسدة وهى الشركة فى المباحات »[1] .

وجاء فى حاشية أبى السعود : « جعلها المصنف تبعا لصاحب الهداية مفاوضة وعنانا وتقبلا ووجوها ، قال الاتقانى وفيه نظر لانه يوهم أن شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان ، والأولى فى التقسيم ماذكره الطحاوى والكرخى وعليه جرى الزيلعى ... [2] .

ونكتفى بهذه النصوص من كتب الحنفية، فقد أحاطت بتقسيماتهم ، ومنها يتضح اختلاف أقوالهم فى كيفية التقسيم وان اتفقت فى جملتها حول الأقسام ، فمنها ما يعتبر المفاوضة والعنان شركتين أصليتين ومنها ما يعتبرهما نوعين يدخلان على الاقسام الاصلية وهى الأموال والوجوه والصنائع ، ومنها ما يضيف شركة المضاربة الى هذه الاقسام .

والمذهب الحنبلى يقول بما قال به الحنفية عموما دون اختلاف فى كيفية التقسيم ففيه ما ورد فى المغنى : « وهى أنواع خمسة شركة العنان ولأبدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة[3] » .

ثم يقسمون المفاوضة الى قسمين أحدهما صحيح والآخر فاسد وسنعرض لها عند الكلام عن هذه الشركة .

والشيعة الزيدية أيضا يتفقون مع الحنفية ففى البحر الزخار : « فشركة المكاسب (فى مقابلة شركة الملك) أربع[4] . ثم يفصلها الى مفاوضة وعنان ووجوه وأبدان .

أما المالكية فيقسمون الشركة الى نفس الأنواع التى يقسمها اليها الحنفية ولكنهم لا يجيزون الشركة بالوجوه ، ويضيفون الى هذه الأنواع الشركة بالجبر ، ففى الشرح الكبير : « ولما كانت الشركة ستة أقسام مفاوضة وعنان وجبر وعمل وذمم ومضاربة وهو القراض ، ذكرها مرتبة هكذا الا أنه أفرد الأخير بباب ... » وفى موضع آخر يقول: « وفسدت الشركة باشتراكهما فى الذمم[5] .

ومع ذلك فقد جاء فى المدونة : « هل كان مالك يعرف شركة عنان قال ما سمعته من مالك ولا رأيت أحدا من أهل الحجاز يعرفه ... » [6] .

والمفاوضة عند الحنابلة والمالكية والزيدية لا تدخل على شركة الأبدان أو الوجوه عند من يجيزها منهم كما هو شأنها عند الحنفية وهو ما يتضح مما أوردناه من أقوالهم .

أما الشافعية فهم بعد أن يذكروا أقسام الشركة لا يأخذون الا بشركة العنان فى الاموال، ففى نهاية المحتاج « .. هى أنواع أربعة أحدها شركة الابدان .... وثانيها شركة المفاوضة ... وثالثها شركة الوجوه ... وهذه الانواع باطلة ... ورابعها شركة العنان ... وهى صحيحة بالاجماع » [7] .

---

(1) جـ٢ ص ٧٤ .
(2) جـ ٢ ص ٤٨٩ ، والتقسيم المشار اليه هو اعتبار الانواع ثلاثة شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة أقسام .
(3) جـ ٥ ص ١ .
(4) جـ ٤ ص ٩٠ .
(5) هامش حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٠٨، ٣١٨ ، وشركة الجبر يقصد بها الشركة التى يضم اليها الشخص الذى كان حاضرا صفقة معينه .
(6) جـ ١٢ ص ٦٨ .
(7) جـ ٤ ص ٢ وما بعدها .

وهذا هو نفس موقف أهل الظاهر والشيعة الامامية • يقول ابن حزم الظاهرى : « ولا تجوز الشركة الا فى أعيان الأموال فتجوز فى التجارة بأن يخرج أحدهما مالا والآخر مالا مثله من نوعه أو أقل منه أو أكثر منه ... » (١) •

وبذلك فلا تصح شركة الابدان وشركة الوجوه اذ لا مال يخرجه فيهما واحد من الشركاء ، كما لا تصح شركة المفاوضة حيث يشترط فيها التساوى بين الشركاء فى رأس المال • ومن كتب الشيعة الامامية المختصر النافع وقد جاء فيه « ولا تنعقد بالأبدان والأعمال ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة ..(٢)

هذه هى تقسيمات الشركة فى الفقه الاسلامى وهى تشمل المضاربة وان أغفل ذكرها البعض ضمن التقسيم ، ولعل ذلك يرجع الى أنهم يعتبرونها شركة فى الربح فقط حيث أن المال فيها من جانب والعمل من جانب آخر ولا يشتركون الا فى اقتسام الربح ، ولذلك نجد معظم الفقهاء قد خص هذا العقد بأفراد باب خاص له فى كتبهم يستقل به عن سائر أنواع الشركات حيث تبحث فى باب واحد •

ونعرض بعد ذلك لكل نوع من أنواع الشركات وموقف مذاهب الفقه منه مع ذكر حجة المجيزين له والمانعين ، ونبدأ بالمفاوضة، فالعنان ، فالوجوه ثم الابدان •

المطلب الثانى

شركة المفاوضة

٩ — ينعقد العقد المنشىء لها بلفظ المفاوضة أو بما يدل عليها كذكر مقتضياتها اذ العبرة بالمعانى(٣) • ومحل هذه الشركة جميع ما يكون لدى الشريك مما يصلح تقديمه كرأس مال للشركة(٤) • والمال الذى يصلح هو المال السائل دون العرض والعقار • وتعتبر هذه الشركة من قبل ماكان يعرف فى اصطلاح القانون قديما بالشركات العامة ، ويشترط فيها المساواة بين الشركاء فى رأس المال فلا يجوز أن يزيد ما يقدمه أحد الشركاء عما يقدمه غيره من أموال ، ويشترط أن يتساوى الشركاء فى التصرف ولذلك لا تصح شركة المفاوضة الا بين أشخاص كاملى الاهلية ببلوغهم راشدين ، فلو عقد بين بالغ راشد وصبى مميز ولو كان مأذونا فى التجارة لم تصح لاخلال ذلك بشرط المساواة نظرا لاختلاف كل منها فى مدى الولاية فى التصرف ، حيث تخرج الكفالة عن ولاية المميز المأذون بالتجارة •

وكذلك لا تنعقد الا بين متحدى الديانة ليستويا فى التصرف ، فلو عقد بين مسلم وغير مسلم لانتفت المساواة بينهما لانتفاء المساواة فى التصرف حيث لا يجوز للمسلم أن يتصرف بالبيع والشراء فى الأموال غير المتقومة(٥) ، بينما يجوز ذلك لغيره •

وتنطوى المفاوضة على الوكالة والكفالة ، ويقرب من هذا وضع الشريك المتضامن فى شركات القانون ، فكل شريك وكيل لشريكه وموكل له وكل منهم كفيل عن شريكه فيما لزمه من التجارة ، وذلك يحقق المساواة بين

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) ص ٤٥ ، ومفتاح الكرامه جـ ٧ ص ٣٩٢ — ٣٩٣ .

(٣) وذلك بأن يذكر لفظ المفاوضة فى صيغة العقد ، أو تذكر سائر الشروط التى يقتضيها هذا النوع دون ذكر اللفظ ذاته .

(٤) هذا اذا كانت المفاوضة فى شركات الاموال حيث أنها عند الحنفيه تجوز فى شركات الابدان والوجوه أيضا .

(٥) كالخمر ولحم الخنزير .

الشركاء أيضا حيث يكون كل منهم مطالبا بما يطالب به شريكه • ولكل شريك أن يقر بالديون على الشركة واذا أقر بها لزم شركاءه اقراره• وتجوز هذه الشركة فى جميع التجارات وقد تكون فى نوع واحد منها • وأخيرا لا يجوز أن يتفاضل شريك فى الربح عن شريك آخر ، وهذا مقتضى المساواة المشروطة بين الشركاء•

١٠ — وشرط المساواة بين الشركاء شرط ابتداء وبقاء فاذا اختلت المساواة فى أى فترة من حياة الشركة فسدت سواء كان هذا الاختلال فى المال أو فى التصرف أو فى شرط الربح •

فاذا امتلك أحد الشركاء فى خلال فترة قيام الشركة مالا يصلح أن يكون رأس مال الشركة المفاوضة فسدت لانتفاء شرط المساواة، وكذلك لو طرأ على أهلية أحد الشركاء ما يؤدى الى نقص ولاية التصرف ، أو اذا اتفق الشركاء على أن يكون نصيب أحدهم من الربح متفاوتا عن أنصبة الآخرين زيادة أو نقصا تفسد الشركة •

واذا فسدت المفاوضة لتخلف أى شرط من شرائطها تنقلب الى شركة عنان ، وفى ذلك يقول صاحب الاختيار : « كل مافات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا اذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الامكان »[1] • هذا عند الحنفية •

١١ — ويشترط الزيدية [2] ومعهم زفر من الحنفية ورواية عن أبى حنيفة خلط أموال الشركاء ، وهذا يقتضى زيادة على اشتراط المساواة فى رأس المال أن يكون من جنس واحد حتى يمكن أن يرتب الخلط ما يراد منه، وهو امتزاج المال حتى لا تتميز أجزاؤه •

والمالكية لا يشترطون أن يقدم الشريك كل ما يملكه مما يصلح رأس مال للشركة خلافا للحنفية والزيدية فقد جاء فى المدونة « قلت هل يكونان متفاوضين ولاحدهما مال دون صاحبه عرض أو ناض قال نعم •••[3] •

ولا تفترق المفاوضة عندهم عن العنان الا فى استقلال كل شريك بالتصرف فى حضرة صاحبه وكذلك فى غيبته ، يدل على ذلك ماجاء فى مواهب الجليل « فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما الا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفى الاستبداد لزم الشرط وتسمى شركة عنان ••• »[4] •

أما الحنابلة فيتكلمون عن قسمين للمفاوضة يجيزون أحدهما ويقولون بفساد الآخر ، يقول صاحب كشاف القناع : « وهى قسمان أحدهما أن يدخلا فيها الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو وجدان ركازوما يحصل لهما أى الشريكين من ميراث أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة لانه عقد لم يرد الشرع بمثله ولما فيه من كثرة الغرر ••• ولأنه تضمن مالا يقتضيه العقد من كفالة وغيرها • والقسم الثانى من قسمى شركة المفاوضة تفويض كل منهما الى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا وابتياعا فى الذمة ومسافره بالمال وارتهانا وضمانا ••• فهى صحيحة وهى الجمع بين عنان ومضاربة ووجوه وابدان لأن كل واحدة

---

(١) جـ ٢ ص ٧٦ •
(٢) البحر الزخار جـ ٤ ص ٩١ •

(٣) جـ ١١ ص ٦٩ •
(٤) جـ ٥ ص ١٣٣ •

تصح مفردة فصحت مجتمعة ... وكذا لو اشتركا فى كل ما يثبت لهما أو يثبت عليهما أن لم يدخلا فيه كسبا نادرا كميراث ووجدان لقطة [١] .

١٢ ـ يلاحظ من النصوص السابقة أن الاتفاق بين من يجيزون شركة المفاوضة ليس تاما بل يرد عليه اختلاف بصدد الأمور الآتية : ـ

أولا ـ رأس المال :

فالحنفية والزيدية يرون أن يكون رأس المال كل ما عند الشريك من مال يصلح أن يكون رأس مال للشركة ، والحنابلة وافقوا على ذلك دون أن يكون شرطا لصحة هذه الشركة ، اما المالكية فيرون أن رأس المال يجوز أن يكون بعض ما يمتلكه الشركاء .

ثانيا ـ خلط أموال الشركة :

يشترطه الزيدية وزفر من الحنفية ورواية عن أبى حنيفة ، أما الحنفية بوجه عام والمالكية فلم يشترطوا خلط الأموال ، والمقصود بخلط أموال الشركة هو امتزاجها فلا تنفصل أموال شريك عن أموال شريك آخر .حيث انهم اتفقوا على تجميع ما قدم من أموال ، وعلى حشد جهودهم للعمل الجماعى الذى جمعهم عليه الغرض المشترك وهذا هو معنى الشركة وحقيقتها .

ومن الفقهاء من رأى ان معنى الشركة هو الاختلاط [٢] فأراد ان يحقق المعنى واقعا ، فقال بضرورة اختلاط أموال الشركة ، والا فان بقاءها منفصلة لا يبرز المعنى المراد من قيام الشركة . وقد ينعدم مع هذا الانفصال الوصف الذى يضيفه عقد الشركة على الأموال المقدمة من الشركاء كرأس مال،وعلى الشركاء أنفسهم، ولذلك جعل الخلط شرطا لصحة عقدها على ان هذا الامتزاج المطلوب للاموال وان رآه البعض واجب الحدوث فعلا ، أى خلطاحسيا حقيقيا ، فقد اكتفى البعض الآخر ممن اشترطوه ان يكون حكميا ، [٣] ورأى ان فى امكان اطلاق يد الشركاء جميعا فى التصرف فى أموال الشركة علامة كافية على تحقق الخلط.

ثالثا ـ الكفالة :

تتضمنها شركة المفاوضة عند الحنفية والزيدية ولم يذكرها كل من المالكية والحنابلة .

رابعا ـ شركة المفاوضة بوجه عام ليست عند المالكية الا نوعا من العنان تزيد فيه سلطات الشريك ، اما عند الحنابلة فهى مجرد الجمع بين الانواع المختلفة من الشركات ، والقسم الفاسد من شركة المفاوضة الذى ورد بكتب الحنابلة لم نجد ما يدل على اجازته عند أحد من الحنفية أو المالكية أو الزيدية . فالمفاوضة عندهم تغاير ذلك النوع مع ان ابن قدامه يقول : « واجازه الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة وحكى ذلك عن مالك ... [٤]

ولما لم يكن بين أيدينا أى من كتب الثورى أو الاوزاعى فلا نستطيع عنهم فى ذلك قولا . ويعقب الشيخ على الخفيف على ما يذكره ابن

---

(١) ج ٢ ص ٢٧٤ . ويقصد بأرض الجناية التعويض الذى يحمل ... مرتكب الخطأ .

(٢) الشافعية وزفر واهل الظاهر والشيعة الزيديه والامامية .

(٣) المالكية ـ ولنا عودة لهذا الموضوع عند الكلام عن الشخصية المعنوية للشركات فى الفقه الاسلامى .

(٤) المغني جـ ٥ ص ٢٥ .

قدامه قائلا « وما يظن ان يقول بها فقيه فضلا عن الثورى والاوزاعى [1] .

١٣ ـ شركة المفاوضة بين المانعين والمجيزين لهـا :

يقول الشافعى فيا نقله عنه الربيع : «قال أخبرنا الشافعى قال شركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن المفاوضة باطلا ، الا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح فهذا لا بأس به وهذه الشركة التى يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان .. وان زعما ان المفاوضة عندهما بان يكونا شريكين فى كل ما أفادنا بوجه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة بينهما فاسدة ولا أعرف القمار الا فى هذا أو أقل منه أن يشترك الرجلان بمائة درهم فيجد أحدهم كنزا فيكون بينهما أرأيت لو تشارطا على هذا من غير ان يتخالطا بمال أكان يجوز ، أو رأيت رجلا وهب له هبة أو آجر نفسه فى عمل فأفاد مالا من عمل أو هبة أيكون الآخر له فيه شريكا لقد أنكروا أقل من هذا[1] . « وجاء فى اسنى المطالب بعد أن أورد كلام الشافعى هذا ، أن ذلك « اشارة الى كثرة الغرر والجهالات فيها ... » [1] .

والنص المنقول عن الشافعى يعتبر شركة المفاوضة نوعا من القمار ولذلك فهى باطلة ، بل ان القمار يكون فى أقل مما اشترط لتتكون به شركة المفاوضة . وما أدى الى قوله هذا الا الرأى الذى لعله يكون قد شاع عن الثورى والأوزاعى من اجازتهما دخول ما قد يرثه الشريك فى المستقبل أو ما قد يعثر عليه من أموال ضمن محل التزام الشريك .

(١) الشركات فى الفقه الاسلامى ص ٦١ .
(٢) الام ج ٣ ص ٢٠٦ .
(٣) ج ٢ ص ٢٥٥ .

ويؤيد رأيه بأن الشركة لو عقدت أصلا على مال غير موجود حال العقد أو غير مؤكد الوجود ـ كما هو الحال بالنسبة للمال الذى يتوقع ارثه عند وفاة مالكه ، أو العثور على كنز مثلا أو ما قد يوهب للشريك ـ كانت باطلة ، فكذلك لو جعل هذا المال جزءا من الكل ، وهو محل الشركة . ويرى أن من أجاز هذه الشركة على هذا الوصف قد أبطل أمورا أخرى تقل عن هذا الضرر الكامن فى هذه الشركة .

ويرد الحنفية فى كتبهم على ذلك مفندين رأى الشافعى فيقول السرخسى : « ... والذى يقول أنه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثورى لأنه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك ، فلا يدخل ذلك على مذهبنا وحجتنا فى ذلك أن هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك فى ضمن التركة . فأما الجهالة بعينها لاتبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا ، وذلك منعدم هنا لأن كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه بما لزمه بتجارته ، وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم . ومثل هذا يوجد فى شركة العنان فان التوكيل بالشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان مايشتريه كل واحد منهما غير مسمى فى العقد ، فكذلك المفاوضة » [4] .

وهكذا يدحض الحنفية ما يقال عن شركة المفاوضة ويبرزون انه لا جهالة تكمن فى عقد شركة المفاوضة ، فهى وان كانت تتضمن الوكالة والكفالة فكل منهما يصح وحده

(٤) المبسوط ج ١١ ص ١٥٣ .

مستقلا ، فكذلك لو دخل ضمن عقد الشركة ، كما أن شركة العنان تتضمن الوكالة ولم يقل أحد بعدم صحتها أما عن الكفالة فان الجهالة من حيث الاصل لا تبطلها ولكنها تكون سببا يشجر به النزاع • ومع ذلك فلا جهالة حيث أن الكفالة وان بدأت عامة دون تجديد ، فلا يعلم من المكفول له وما المكفول به ، الا أن هناك تحديدا عاما هو خصوص النشاط الذى قامت من أجله الشركة • كما أن هذه الكفالة ستكون معلومة الاطراف والمحل فيما بعد ، وان كانت عند بدايتها لا يتوفر لها ذلك •

ويقول صاحب البدائع تأييدا لاجازة شركة المفاوضة « •• فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام ، تفاوضوا فانه أعظم للبركة »[1] •

وجاء فى حاشية الشلبى : « •• وقال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الكرخى وقد رؤى جواز شركة المفاوضة عن الشعبى وابن سيرين وغيرهما ولأن المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير فكان دليلا على جوازها ••• »[2] •

١٤ — يبدو من هذه النقول أن الفقهاء الذين منعوا المفاوضة لم يرد منعهم على ما يجيزه الحنفية من هذه الشركة الا فى جزء يسير يختص بما يرونه — هؤلاء المانعون — مؤديا الى الجهالة ، وانما تشتد معارضتهم وتنصب على ذلك القسم من شركة المفاوضة الذى أورده الحنابلة وقالوا بفساده ، ولم يقل به الحنفية •

أما عن الحديث الذى استدل به صاحب البدائع فقد قال عنه الزيلعى : « لم أجده » ثم يقول وروى ابن ماجه من حديث صهيب رفعه « ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمفاوضة وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع والنسخ مختلفة هل هى المفاوضة بالفاء والواو أو بالقاف والراء • وقد أخرجه الحربى فى غريبه بالعين والراء وفسره بأنه بيع عرض بعرض •• »[3] •

ويمكن القول أن شركة المفاوضة وهى تتضمن شرط المساواة بين الشركاء — كما سبق بيانه — ابتداء وبقاء ، شركة لا يكتب لها طول بقاء ، اذ أن تحقق شرط التساوى بين الشركاء فيما يملكون من المال الذى يصلح رأسمال الشركة أمر أن تحقق فى البداية فان استمراره يتنافى وواقع الناس ، ذلك أن الشريك اذا لم يتملك مالا بهبة أو ميراث يزيد به ماله أو يبيع عرضا كان يملكه فتزيد بذلك نقوده فانه قد حمل بعبء مالى خارج عن الشركة فيحتاج الى مال من مالها فيؤدى ذلك الى نقصان ماله عن مال شريكه ، كأن يتصرف بالبيع فى جزء من حصته أو يتنازل لشركائه عن هذا الجزء ليحصل على ما يحتاج ، فيختل شرط المساواة • وبذلك فان شركة المفاوضة وان بدأت مفاوضة فمآلها قطعا الى العنان •

المطلب الثالث
شركة العنان

١٥ — وتنعقد بين اثنين أو أكثر بغرض استثمار الاموال واقتسام الارباح[4] • فيقدم كل شريك نصيبه فى رأس المال ويبدأ العمل المشترك تحقيقا لاهداف الشركة ، وتتضمن

---

(١) جـ ٦ ص ٥٨ •

(٢) بهامش الزيلعى جـ ٣ ص ٣١٤ •

(٣) نصب الرايه ص ٣٢٦ ، يراجع سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٢٣ وحاشية السندى بنفس الصفحة •

(٤) يلاحظ أن الكلام هنا عن العنان بالاموال.

هذه الشركة الوكالة فقط دون الكفالة . فكل شريك يعتبر وكيلا عن الشركاء الاخرين كما يعتبر كلا منهم موكلا للاخرين ، فالتصرف فى أموال الشركة وادارة شئونها يقوم على أساس من الوكالة المتبادلة .

ولا تشترط المساواة بين الشركاء فى هذه الشركة فى رأس المال كما أن المساهمة بجميع أموال الشركاء التى تصلح رأسمال للشركة ليست شرطا فيها . ويجوز أن تعقد بين المميزين المأذونين التجارة . وفى ذلك كله فهى على خلاف شركة المفاوضة .

١٦ — وقد انعقد اتفاق الفقهاء على جواز هذا النوع مع اختلاف بسيط فى بعض الشروط كخلط المال ، وارتباط نسبة الربح بنسبة الحصص فى رأس المال ، ومدى سلطات الشريك .

ويتضح ذلك من الاقوال الاتية لفقهاء المذاهب :

المذهب الحنفى : يقول السمرقندى : « واما شركة العنان فينعقد على الوكالة دون الكفالة وتصح مع التفاضل فى المال ويصح أن يتساويا فى الربح ويتفاضلا فيه .. وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر ثم رجع على شريكه بحصته منه .. » [1] .

المذهب الشافعى : يقول المزنى : « ... والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطاهما فيكونان فيها شريكين فان اشتريا فلا يجوز أن يبيعه احدهما دون صاحبه فان جعل كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر فى ذلك كله بما رأى من أنواع التجارة قام فى ذلك مقام صاحبه فما ربحا أو خسرا فلهما وعليهما نصفين .. » [2] .

المذهب المالكى : يقول الدردير : « وان شرطا نفى الاستبداد فعنان أى فهى شركة عنان أى تسمى بذلك .. ولذا لو تصرف واحد منهما بدون اذن الاخر كان له رده . » [3] .

و فى مواهب الجليل : « واختلف فى الاشتقاق مماذا هو اختلافا كثيرا قال ابن القاسم واما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك ولا رأيت أحدا من أهل الحجاز يعرفه ، قيل انه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم قلت وقد علق ابن القاسم الحكم على شركة العنان فى غير موضع من المدونة ولكنه لم يفسرها» [4]

المذهب الحنبلى : يقول ابن قدامه : « وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال الى صاحبه أمنه ، وباذنه له فى التصرف وكله .. » [5] .

الشيعة :

(أ) الزيدية : جاء فى البحر الزخار : « وهى مشروعة اجماعا وقول مالك لا أعرف العنان أراد اشتقاق اللقب ، ومن صحت وكالته صحت شركته عنانا .. » [6] .

(ب) الامامية : جاء فى مفتاح الكرامة : « ... شركة العنان وهى شركة الاموال ،

---

(١) خزانة الفقه .

(٢) بهامش الام ج ٢ ص ٢٣٠ .
(٣) الشرح الكبير بهامش الدسوقى ج ٣ ص ٣١٤ .
(٤) ج ٥ ص ١٣٣ .
(٥) المغنى ج ٥ ص ١٨ .
(٦) ج ٤ ص ٩٢ .

شركة العنان جائزة باجماع العلماء فى جميع الامصار .... » [1] .

وكذلك الامر عند أهل الظاهر حيث يفهم من قول ابن حزم أن شركة العنان هى الجائزة حيث يقول : « ولا تجوز الشركة الا فى أعيان الاموال فتجوز فى التجارة بأن يخرج احدهما مالا والاخر مثله من نوعه أو أقل منه أو أكثر منه فيخلطا المالين .. » [2] .

وهكذا يثبت اتفاق المذاهب على اجازة هذا النوع ، ولا يؤثر فى هذا الاتفاق أن يختلف فى بعض شروطه . وأما ما روى عن الامام مالك من أنه لا يعرف العنان فلم يعد ذلك سببا لاى اختلاف اذ ان الاسم قد ساد فى كتب المالكية من بعد .

١٧ — أوجه الخلاف : تنحصر أوجه الخلاف بين مذاهب الفقه الاسلامى حول شركة العنان فيما يلى : :

أولا : خلط رأس المال يشترط كل من الشافعية وأهل الظاهر وزفر من الحنفية والشيعة الزيدية والامامية خلط رأس المال كشرط لصحة عقد الشركة . أما المالكية وان اشترطوا خلط المال الا أنهم يكتفون بالخلط الحكمى عن الخلط الحقيقى . أما الحنفية والحنابلة فلم يشترطوا خلط رأس المال كشرط صحة ؛ فعندهم تصح الشركة دون أن يخلط رأس المال . وان كان للخلط أثر خاص عند الحنفية اذ يرتبون عليه ضمان هلاك جزء من المال فى جميع رأس المال اذا كان الهلاك قد وقع قبل الشراء ، أى قبل بدء نشاط الشركة .

ثانيا : ادارة الشركة : اذا كان الاصل ان الادارة تعتبر حقا للشركاء جميعا ، الا انه يجوز الاتفاق على انفراد أحد الشركاء أو بعضهم بها وذلك ما يراه الحنفية والشافعية والحنابلة وكل من الشيعة الزيدية والامامية . ويعتبر هذا الاتفاق فى الواقع استعمالا لهذا الحق المخول للشركاء اذ ان الشركاء الذين لا يقومون بالادارة يكونون قد فوضوا غيرهم بها ، فكأنهم يديرون الشركة بالتفويض . ولم يجز هذا الانفراد وظل على الاصل فى الادارة كل من المالكية والظاهرية .

ثالثا : اقتسام الربح : يرتبط الربح برأس المال عند الشافعية والمالكية وأهل الظاهر ارتباطا وثيقا بحيث يحدد رأس المال نصيب كل من الشركاء من الربح فتدور نسبته مع حصة كل شريك زيادة أو نقصا ، ولو أدى أحدهم عملا يزيد على ما أداه الشركاء الاخرون .

أما الحنفية والحنابلة ومعهم الشيعة الزيدية والامامية فيرون أن العمل الزائد للشريك — والذى يكون حصة عمل — يجب أن يحصل الشريك فى مقابله على جزء من الربح فهو بذلك يحصل على نصيب عمله من الربح بالاضافة الى نصيب رأسماله منه . فان كانت القاعدة هى ارتباط نسبة الربح بقدر الحصة فى رأس المال الا أنه اذا قدم الشريك عملا متميزا يكون له فى مقابلته جزء من الربح ، وهذا ما يعبرون عنه بجواز التفاضل فى الربح عن رأس المال .

وفى الحقيقة ان هذا التعبير غير دقيق أو هو يعبر عن اختلاف ظاهرى وغير حقيقى . اذ قد يفهم منه جواز التفاضل فى الربح مع التساوى فى قدر ما يقدمه كل شريك من رأس المال ولو لم يكن هذا التفاضل بسبب التفاضل فى العمل . فكما رأينا أن التفاضل مشروط بالزيادة فى العمل ، لكن ليس شرطا أن تكون هذه ازيادة فى كم العمل بل يكفى أن تكون فى كيفه فقط .

---

(١) جـ ٧ ص ٣٩٢ .
(٢) المحلى جـ ٨ ص ١٢٤ .

المطلب الرابع

شركة الابدان

١٨ ــ ويطلق على هذه الشركة أيضا اسم شركة الصنائع أو الاعمال أو التقبل •

وتنعقد بين اثنين أو أكثر بقصد الحصول على المال الناتج من الاعمال التى يتفقون على القيام بها ولذلك سميت بشركة الابدان • وتشير هذه التسمية الى أن العمل هو الذى يعقد عليه كمحل للشركة •

وقد تكون شركة الابدان فى اكتساب المباحات بمعنى أن يكون موضوع العمل الذى تنعقد عليه الشركة هو اكتساب الاشياء المباحة عن طريق حيازتها •

وقد تكون هذه الشركة فى الصنائع •

اختلفت مذاهب الفقه الاسلامى حول هذا النوع من الشركات فمنها من لم يجزه بقسميه ومنها من أجازه بقسميه ، ومن هذه المذاهب من أجازه فى قسم واحد فقط وهو الصنائع •

الفرع الاول

شركة الابدان فى اكتساب المباحات

١٩ ــ أجاز المالكية والحنابلة هذه الشركة فى اكتساب المباحات كالحطب والحشائش والثمار المأخوذة من الجبال ••• الخ • أما غير هذين المذهبين فقد وقف منها موقف المعارضة ولذلك لم يجزها •

أجاز المالكية هذه الشركة بحيث تعقد على عمل كل شريك فى حيازة الاشياء المباحة ثم اقامة التجارة فيها واشترطوا لصحة هذه الشركة أن يقوم الشركاء بالعمل سويا وفى مكان واحد •

فقد جاء فى المدونة عن ذلك : « قلت هل يجوز للشريكين أن يشتركا على أن يحتطبا الحطب فما احتطبا من شىء فهو بينهما نصفين• قال : ان كانا يعملان جميعا معا فى موضع واحد فلا بأس بذلك ، وذلك جائز »[1] •

أما الحنابلة فقد أجازوا هذه الشركة اجازة مطلقة دون قيد ، فلم يرد عليها عندهم القيد الذى وضعه المالكية من وجوب أن يكون العمل فى مكان واحد ومن جميع الشركاء •

وفى ذلك يقول ابن قدامه : « فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذ من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال لا بأس أن يشترك القوم بابدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين »[2] •

ويقيمون الحجة على رأيهم بما يروى من أن النبى صلى الله عليه وسلم أشرك (•• بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشىء ، وفسر أحمد صفة الشركة فىالغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان منسلب المقتول لأنالقاتل يختص بهدون الغانمينوبهذا قال مالك ••ولا نسلم انالوكالة لا تصلح فى المباحات فانه يصح أن يستنيب فى تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل فى بيع ماله)[3] •

أما الحنفية والزيدية فلا تجوز عندهم الشركة فى المباحات ويستند الحنفية على أن هذه المباحات تثبت الملكية فيها بحيازتها ، فكل من حاز شيئا منها ملكه فلا يصح التوكيل

---

(١) جـ ١٢ ص ٤٩ .
(٢) المغنى جـ ٥ ص ٣ ــ ٤ .
(٣) المرجع السابق .

فى ذلك ، وبالتالى لا تصح الشركة فى المباحات وعن ذلك يقول الكاسانى : « .. وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة ، وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال فى المباحات من الصيد والحطب والحشيش فى البرارى وما يكون فى الجبال من ثمار وما يكون فى الأرض من المعادن وما اشبه ذلك ..

ولان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ... لأن سبب ثبوت الملك فى المباحات الأخذ والاستيلاء ، وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك »[1] .

ويقول ابن المرتضى من الزيدية : « ولا تصح فى المباحات كالصيد والاحتشاش لتجويز ان لا يقع ولجهالة العمل .. » ويرد على الاستدلال بالاشتراك سعدوابن مسعود وعمار يوم بدر فيما غنموا فيقول : « ... حكاية فعل لا يؤخذ بظاهرها .. »[2] .

والشافعية وأهل الظاهر والامامية لايجيزون شركة الابدان أصلا سواء كانت فى صنعة أو فى مباح[3] .

٢٠ — ودفاعا عن اجازة الشركة فى المباحات يناقش ابنقدامة مايقال عن الاستدلال بالشركة فى غنائم بدر فيقول : « فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ، وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها الى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا . قلنا أما الأول فالجواب عنه أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات، ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل الا أن الأول أصح لقوله (جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء) وأما الثانى فان الله تعالى انما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا فانزل الله تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، ويدل على صحة هذا انها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل اما أن يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات ، أو لم يبحها لهم فكيف يشتركون فى شيء لغيرهم . وفى هذا الخبر حجة على أبى حنيفة أيضا لأنهم اشتركوا فى مباح وفيما ليس بصناعة ..[4] .

ويرى ابن حزم[5] ان هذه الشركة لم تتم بنزول الاية الكريمة (.. قل الانفال لله والرسول فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم) .

٢١ — من النقول السابق ايرادها تبرز سلامة اتجاه الحنفية ومن يتفق معهم وذلك للاسباب الاتية : —

١ — ان الملك يثبت فى المباحات بمجرد الاستيلاء عليها ولم يخالف أحد فى ذلك .

٢ — ان التوكل فى اكتساب المباحات عبارة عن اسقاط لحق اثبته الشارع للشخص الحائز بدون مبرر ، هذا الحق هو ملكية المباح لمن يستولى عليه . فكيف يكون وكيلا لشخص فى شيء اذا أحرزه هو صار مالكا له ، واما عن

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٦٣ .
(٢) البحر الزخار جـ ٤ ص ٩٥ .
(٣) راجع ما سبق ص ٩ .

(٤) المغنى جـ ٥ ص ٣ .
(٥) المحلى جـ ٨ ص ١٢٣ .

الوكالة بأجر فى ذلك فلعل الاجر هنا لا يعبر عن الوكالة بقدر ما يمثل ثمن الشيء الذى أحرزه .

واذا اعتبرنا من استولى على الشيء المباح متبرعا بجزء مما استولى عليه ، وهذا ما يفهم من قول ابن قدامه من جواز الوكالة بدون أجر فى الاستيلاء على المباح فان ذلك لا يصح أن يقوم كأساس تبنى عليه نظرية شركة العقد .

٣ — فى أقوال الحنابلة ما يعتبر تسليما بأن الغنائم كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه قد أباح للمقاتلين أخذها ، ولا يغير من الأمر أن تكون الشركة قد قامت من قبل حيث أن الآية الكريمة قد شملت جميع الأنفال. فان كان الأمر كذلك فهذا يسقط عنها صفة المباح بمجرد ثبوتها للرسول صلى الله عليه وسلم .

٤ — مع التسليم بحصول هذه الشركة فهى تعتبر من قبيل شركة الملك وليست من شركات العقد ويكون اذن الرسول صلى الله عليه وسلم هو سبب اكتساب الملكية ، بينما يدور البحث هنا فى شركات العقد .

الفرع الثانى

شركة الابدان فى العمل (الصنائع)

٢٢ — وتنعقد هذه الشركة بين اثنين أو أكثر على أن يسهم كل منهم بعمله ويقتسموا مقابل هذا العمل فيما بينهم وتكون ذمم الشركاء الخاصة الضمان العام لدائنى هذه الشركة وقد أجازها الحنفية والحنابلة فى الصحيح من قولين والزيدية مطلقا ، وأجازها المالكية وزفر بشرط اتحاد الصنعة ، وأبطلها كل من الشافعية وأهل الظاهر والامامية .

ونحاول أن نتبين موقف كل من المذاهب فيما يلى من أقوال علمائها :

المذهب الحنفى يقول الكاسانى : « ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز أن اتفقت اعمالهما أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك ، وهذا قول اصحابنا . وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين . والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر فى هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم..»[1]

المذهب الحنبلى : يقول ابن قدامة : « وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فاما مع اختلافها فقال أبو الحطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما وقال القاضى تصح الشركة لانهما اشتركا فى مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ، ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الاخر .. ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وأنت تعمل صحت الشركة، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه »[2].

الزيدية : يقول صاحب البحار الزخار : « .. وتصح مع اختلاف الصنعة كاتفاقها .. هى اما توكيل أو ضمان وكلاهما يصحان مع الاختلاف كالاتفاق .. »[3] .

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٦٣ .
(٢) المغنى جـ ٥ ص ٤ .
(٣) جـ ٤ ص ٩٤ .

المذهب المالكى : جاء فى الشرح الكبير : « وجازت بالعمل بشروط اشار اليها بقوله ان اتحد كخياطين أو تلازم بان توقف عمل احدهما على عمل الاخر كأن يغوص أحدهما لطلب اللؤلؤ والثانى يمسك عليه ويحذف ، وتساويا فيه أى فى العمل بان يأخذ كل واحد بقدر عمله من الغلة .. وحصل التعاون بينهما وان بمكانين كخياطين بحانوتين تجول يد كل واحد منهما على ما فى الاخر .. » .

وفى المذهب قولان آخران [٢] بشأن مكان العمل أحدهما يشترط أن يكون العمل فى مكان واحد وهو رأى ابن القاسم ، والاخر أجاز أن يكون فى مكانين مستقلين . ويمكن القول ان ما قاله الدردير يعتبر من قبيل التوفيق بين القولين اذ هو يرى جواز أن يكون العمل بمكانين على أن يكون لكل من الشريكين حق العمل فى ايهما .

المذهب الشافعى : يقول الرملى : « .. شركة الابدان كشركة الحمالين وسائر المحترفة ليكون بينهما كسبهما بحرفتهما متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة كنجار ونجار أو اختلافها كنجار ورفاء ، وهى باطلة لما فيها من الغرر والجهل » [٣] .

المذهب الظاهرى : يقول ابن حزم : « لا يجوز الشركة بالابدان اصلا لا فى دلالة ولا فى تعليم ولا فى خدمة ولا فى عمل يد .. فان وقعت فهى باطلة لا تلزم » [٤] .

الامامية : جاء فى مسائل الخلاف : « شركة الابدان عندنا باطلة .. دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وأيضا العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعية وليس فى لشرع ما يدل على صحة هذه الشركة ، وأيضا نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر وهذا غرر بدلالة أن كل واحد منهما لا يدرى أيكسب صاحبه شيئا أم لا يكسب وكم مقدار مكسبه » [٥] .

٢٣ — يحتج الحنفية لجواز هذا النوع من الشركة بتعامل الناس به من غير انكار عليهم ولاشتمالها على الوكالة ولان تحصيل المال أولى من استثماره . فيقول الزيلعى : « .. ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز ، ألا ترى انه لو وكله بتقبل الاعمال من غير أن يكون للعاقد فيه شركة يجوز فكذا اذا كانت له فيه شركة كالشراء .

وهذا لان الشريك يستحق الربح بالعمل كما يستحق بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ، ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا .. » [٦] .

وقول الكاسانى . « الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال واما الشركة بالأعمال ... فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال . والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع لتحصيل الأصل أولى » [٧] .

يتضح من ذلك قوة ما يحتج به الحنفية لمذهبهم ، وهذه الشركة عندهم قد تكون

---

(١) الدردير بهامش الدسوقى ج ٣ ص ٣١٦ ، ويراجع أيضا المدونه ج ١٢ ص ٤٢ .
(٢) يراجع مواهب الجليل ج ٥ ص ١٣٦ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢ .
(٤) المحلى ج ٨ ص ١٢٢ .
(٥) ج ١ ص ٢٤٧ .
(٦) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٣٢٠ .
(٧) البدائع ج ٦ ص ٥٨ .

مفاوضة وقد تكون عنانا على ما سبق بيانه فى تقسيماتهم لأنواع الشركة • فاذا كانت مفاوضة اقتضى ذلك المساواة فى العمل والضمان والربح وعلى العكس من ذلك ان كانت عنانا فيصح فيها التفاضل فى العمل والربح ولهذه الشركة طبيعة خاصة خرج من أجلها الفقهاء على مقتضى القياس وسيأتى بحث هذا الموضوع عند الكلام عن التضامن بين الشركاء •

المطلب الخامس

شركة الوجوه أو الذمم

٢٤ — هى الشركة التى تنعقد بدون رأسمال يقدم من أى من الشركاء ، وهى تعقد للشراء دينا ثم البيع واقتسام الربح بعد الوفاء بالديون • ولعل يظهر من تسميتها الأساس الذى تقوم عليه هذه الشركة حيث لا يوجد المال الذى يقدمه الشركاء ، وانما هى تقوم بين أشخاص لهم بين أقوامهم مكانة وثقة ، وهذا معنى شركة الوجوه • أى الشركة التى تتكون ممن لهم وجاهة بين الناس •

وهى تنعقد على الضمان أى ضمان اثمان السلع المشتراه •• لحساب الشركة ، اذ هى تشترى بالدين • وهذا الدين تضمنه ذمم الشركاء فتقوم ذممهم الخاصة بتكوين الضمان العام لدائنى الشركة وهذا هو معنى تسمية هذه الشركة بشركة الذمم •

وقد أجاز هذه الشركة كل من الحنفية والحنابلة والزيدية ، ولم يجزها الشافعية والمالكية وأهل الظاهر والأمامية •

٢٥ — يقول صاحب المبسوط من الحنفية عنها : « هى ان يشترك الرجلان بغير رأسمال على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأسمالها وجههما فانه انما يباع بالنسيئة ممن له فى الناس وجه » [١] • ويتفق معهم الحنابلة فى هذا التعريف [٢] ويقول الزيدية عنها : « ان يوكل كل من جائزى التصرف صاحبه ان يجعل له فيما استدان اذا اشترى جزءا معلوما ويتجر فيه »[٣] •

ويقول الشافعية عن هذه الشركة : « شركة الوجوه بان يشترك الوجيهان عند الناس لحسن معاملتهم معهم ليبتاع كل منهما بمؤجل ويكون المبتاع لهما فاذا باعا كان الفاضل من الاثمان المبتاع بها بينهما •• واكل باطل اذ ليس بينهما مال مشترك فكل من اشترى شيئا فهو له عليه خسره وله ربحه » [٤] •

أساس بطلان هذه الشركة عند الشافعية — كما جاء فى النص المذكور — عدم وجود المال الذى يقدمه الشركاء ، وبالتالى تكون السلع المشتراة فى ذمة من اشتراها وحده ولعل مرجع ذلك هو عدم تصور وقوع الخلط الذى يشترطونه فى شركات الأموال وهو يستوجب وجود المال ، ولكن يمكن تصور وقوع الملك المشترك — وهو ما يتحقق بالخلط — فيما يشترى باجتماع الاطراف عند الشراء أو ببيع بعض المشترى ببعضه بين كل من الشركاء •

أما المالكية فيؤسسون بطلان هذه الشركة عندهم على أساس آخر غير ذلك الذى يقوم عليه بطلانها عند الشافعية وفى ذلك يقول صاحب الشرح الكبير : « وفسدت الشركة

---

(١) السرخسى ج ١١ ص ١٥١ .
(٢) راجع المغنى ج ٥ ص ١٢ .
(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٩٤ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢ .

باشتراكهما بالذمم وهى ان يتعاقـدا على ان يشتريا شيئا غير معين بلا مال ينقدانه يعنى على اشتراء شىء بدين فى ذمتهما على ان كلا حميل عن الآخر ثم يبيعانه وما خرج من الربح فبينهما ، وانما فسدت لانه من باب تحمل عنى وأتحمل عنك وهو ضمان بجعل ... وهو سلف جر منفعة فان دخـلا على شراء شىء معين وتساويا فى التحمل جاز .. » [1] .

ويعقب الدسوقى فى حاشيته على ذلك الجواز بقوله : « أى بعمل الماضين من السـلف وان كان علة المنع وهى الضمـان بجعـل والسلف بمنفعة موجودة والحاصل ان شركة الـذمم فاسدة ... » [2] يظهر من ذلك ان أساس البطلان كما يتصوره المـالكية شبهة السلف الذى يأتى بمنفعة والكفالة المأجورة ـــ وهـو ما عبر عنه بتحمل عنى وأتحمل عنك ـــ وهذا يتعارض مع قواعد المعاملات فى الفقه الاسلامى التى تحرص كل الحرص على تخليصهـا من شبهات الربـا . على ان هذه الشبهات هنـا غير قائمة اذ ان جميع الشركاء مسئولون عن ديون الشركة الناتجة عن أثمان السلع المشتراة لحسابها ، فالشراء انما يكون لحساب الشركة وليس لحساب الشريك الذى يعقد الصفقة ، والفائدة تفيض على الجميع اذا ما تحققت أرباح . وبذلك تنتفى شـبهة المنفعـة التى يجرها السلف والجعل المترتب على الضمان .

وأهل الظاهر على الاصل عنـدهم يبطلون هذه الشركة حيث لا تجوز الشركة الا على أعيان الأموال [3] . والأمامية لا يرون على صحة هذه الشركة دليلا ، فقد جاء فى مسائل الخلاف :

« شركة الوجوه باطلة ... دليلنا ان العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعيـة وليس فى الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة فيجب ان تكون باطلة » [4] .

ويحتج الحنفية لمذهبهم بنفس الحجج التى يقدمونها لاجازة شركة الأبدان وقـد سـبق ذكرها عند الكلام عن هذه الشركة [5] .

ويبدو فى مذهب الحنفية ومن وافقهم العمل على رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم ومراعاة مصالحهم ، فقد يكون من الناس من هو موضع ثقة بين قومه وليس له مال يستثمره فيستطيع بذلك ان يجد الوسيلة للحصول على المال ، واذا كان الأمر كذلك بالنسبة للفرد فانه اذا اشترك مع غيره يكون أولى ، اذ ان تجميع الجهود من شأنه ان يوصل الى نتائج تفوق ما يصل اليه الفـرد بجهده المحدود ، بالاضافة الى زيادة الائتمان لان الدين سيكون حينئذ فى ضمان أكثر من شخص واحد .

وهذه الشركة عند الحنفية قد تكون مفاوضة كما قد تكون عنانا ، وفى كل حاله تطبق قواعد كل منهما .

٢٦ ـــ هذه هى أنواع الشركات التى بحثها الفقه الاسلامى وموقف المذاهب المختلفة من كل نوع من هذه الأنواع . وقد اتفق الجميـع على صحة نوع منها هـو العنـان فى شركة الأموال بل ان الشافعية وأهل الظاهر والشيعة الأمامية لم يروا نوعا جائزا سواها .

واذا كان الحنفيـة والزيديـة والحنـابلة والمالكية قد أجازوا المفاوضة الا ان الحنابلة والمالكية يختلفون مـع الحنفية والزيديـة فى

---

(١) بهامش الدسـوقى ج ٣ ص ٣١٨ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق .
(٣) راجع المحلى ج ٨ ص ١٢٤ .
(٤) ج ١ ص ٢٤٠ .
(٥) راجع ما سبق بنـد ٢٣ .

ماهية شركة المفاوضة ، اذ ان المفاوضة عند الحنابلة ليست سوى الجمع بين العنان والمضاربة والوجوه والابدان ، ويستندون فى هذا الجمع الى صحة هذه الأنواع منفردة فليس ما يمنع من صحتها اذا اجتمعت ويصفون ذلك بقولهم : « كما لو ضم ماء طهور الى مثله »[1] .

وما يعتبره المالكية شركة مفاوضة ليس فى حقيقته الا نوع من العنان تتسع فيه سلطات الشريك فى التصرفات .

وكذلك اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية بوجه عام على اجازة شركة الصنائع اذا عقدت على حرفة من الحرف ، اما الشركة فى المباح فلم يجزها من المذاهب غير المالكية والحنابلة .

أما شركة الوجوه فقد أجازها الحنفية — ما عدا زفر — والحنابلة والزيدية . وانضم المالكية الى الشافعية وأهل الظاهر والأمامية فى عدم أجازتها .

بقيت شركة المضاربة ، وهى الشركة التى تبرز فيها حصة العمل متميزة عن العمل المؤدى فى أى نوع من أنواع الشركات الأخرى ، الا ما تميز منه فى شركات الأموال كحصة بالاضافة الى الحصة المالية . وقد اتحدت وجهة الفقه الاسلامى فى جوازها دون مخالف ، وان حدث بعض الاختلاف حول تفاصيلها وسيأتى الكلام عنها عند بحث الحصة بالعمل من الناحية التاريخية .

واذا كان الجميع قد قسموا الشركات الى الأنواع التى سبق ذكرها ، الا ان الحنفية والزيدية هما المذهبان اللذان أجازا جميع الأنواع من حيث انهما اقرا كل نوع منها دون ان يختلط بغيره ، فأنواع الشركة عندهما تتميز وتنفصل كل منها عن الآخر ، وان كان الحنابلة قد توسعوا أيضا فى أجازة جميع الأنواع حتى الشركة فى المباح الا أنهم بالنسبة للمفاوضة قد أطلقوا تسميتها على مجموع الشركات مما دعا البعض الى القول بأنهم لم يجيزوا المفاوضة ، وذلك مثل ما جاء فى الافصاح « واختلفوا فى شركة المفاوضة وشركة الوجوه وشركة الأبدان فقال أبو حنيفة تصح كلها وقال أحمد كلها صحيحة الا شركة المفاوضة فانها باطلة .. »[2] .

وما قاله الشعرانى من ان « اختلفوا فيه فمن ذلك قول الشافعى واحمد ان شركة المفاوضة باطلة[3] » وهو ما يفهم أيضا من قول ابن رشد : « واختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة بالجملة على جوازها .. »[4] .

ولعل المنع المنقول عن الامام أحمد انما يقع على شركة المفاوضة التى نسبت اجازتها للثورى ، على أن هذه الأقوال تتفق مع الواقع اذ أن المفاوضة على الصورة التى أجازها بها الحنفية والزيدية لم تجزها المذاهب الاخرى .

المطلب السادس

التقسيم الذى نختاره

٢٧ — اذا كان الحنفية والزيدية قد اتفقوا من حيث اجازة جميع أنواع الشركات فيما عدا

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٤ .

(٢) ابن هبيره ص ٢٠٤ .

(٣) الميزان ج ٢ ص ٧٩ .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١ .

شركة الابدان فى المباحات ، الا ان المذهب الحنفى يتميز بميزة خاصة هى جعله للمفاوضة والعنان وضعا خاصا — نبحثه فيما بعد — يجعل هذا المذهب أوسع المذاهب الاسلامية فى هذا الخصوص . ولذلك يمكن اعتباره الاتجاه الذى يمثل الفقه الاسلامى فى عمومه حيث تتحقق به أسس الشريعة الاسلامية من التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، وتحقيق مصالحهم .

وفى ذلك يقول الدكتور مصطفى الزرقا : « على أننا حين نحكم على الفقه الاسلامى بحكم انما يجب ان ننظر الى أوسع مذاهبه فى الموضوع لا الى أضيقها ، ما دام الاوسع أيضا يمثل تمثيلا صحيحا نظرية الشريعة من احدى وجهات نظرها الثابتة ، وليس المذهب الاجتهادى الواحد الا فهما لصاحبه لا حكما على الشريعة » [1] .

ولهذا سيكون تقسيم الشركات فى هذا المذهب أساس البحث الذى نخلص منه الى تقسيم نختاره لانواع الشركات فى الفقه الاسلامى .

٢٨ — سبق القول ان المذهب الحنفى قد أقر أنواع الشركات وان علماءه قد ذكروا هذه الأنواع فى تقسيماتهم الا أنهم اختلفوا فى كيفية التقسيم ، فمنهم من يجعل الانواع أربعة هى المفاوضة والعنان والوجوه والابدان . ومنهم من يجعلها ثلاثة فقط هى الأموال والأبدان والوجوه ، ثم يقرر أن كلا منها قد تكون عنانا أو مفاوضة . ومنهم من يجعلها ستة أنواع بناء على دخول المفاوضة والعنان على الأموال والابدان والوجوه . ومنهم من قسم الشركة الى قسمين رئيسيين هما شركة فى المال ، وشركة فى الاعمال ، ثم يقسم هذين القسمين الى أقسام فرعية فالأموال تنقسم الى مفاوضة وعنان ووجوه وشركة فى العروض . وشركة الأعمال تنقسم الى قسمين أحدهما جائز وهو شركة الصنائع والآخر فاسد وهو الشركة فى المباحات [2] .

وهذا التقسيم الاخير قد ذكر التأصيل الفقهى لأنواع الشركات حيث يردها جميعا الى المال والعمل ، فشركة الأموال أمرها واضح من تسميتها ، وشركة الوجوه وان كانت تنعقد على الضمان الا ان هذا الضمان فى مآله سيترجم الى مال يسدد به ما على الشركة من ديون . أما شركة الابدان فهى تنعقد على العمل وحده . وأخيرا يجتمع المال والعمل فى شركة المضاربة . وبذلك كان القول بأن الشركة نوعان شركة بالمال وشركة بالعمل ردا لأنواع الشركات الى أصلها الحقيقى . الا ان هذا الفقيه[3] يؤخذ عليه كثرة التفريع على هذين الاصلين كما يرد عليه ما يرد على تقسيم الشركة الى أربعة أنواع من اعتراض حيث يرى الاتقانى انه تقسيم فيه نظر « لأنه يوهم ان شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان .. [4] » .

ويمكن ان نستخلص من هذه الأقوال تقسيما تبرز فيه حقيقة هذه الأنواع ويتمشى معها ، هذا التقسيم هو : الأموال ، الأبدان ، الوجوه ، المضاربة . فأنواع الشركات — على ذلك — أربعة لكل منها طبيعته الخاصة وموضوعه الخاص ومميزاته الخاصة ، وبوجه عام كيانه المستقل .

---

(١) المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٣٢٤ .

(٢) راجع ما سبق بند ٨ . والمبسوط ج ١١ ص ١٥١ ، خزانة الفقه ، البدائع ج٦ ص ٥٦/٥٧ ، الزيلعى ج ٣ ص ٣١٧ ، الاختيار ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) ابن مودود الموصلى فى كتابه الاختيار .

(٤) حاشية ابى السعود ج ٢ ص ٤٨٩ .

٢٩ ــ ونتكلم عن كل نوع منها لنتبين كيانه المستقل : ــ

أولا ــ شركات الأموال :

ومحلها ما يقدمه الشركاء من مال يعملون فيه لتحصيل الربح واقسامه ، ومن الفقهاء من يرى وجوب تحقيق شركة الملك فى محلها قبل انعقاد شركة العقد وذلك عن طريق خلط الأموال ، ويوجب الجميع تحقيق الملك المشترك بطريق بيع كل شريك لشريكه جزءا من المال اذا كان عرضا . والعمل فى هذه الشركات يعتد به بعض الفقهاء بجانب المال .[1] ومنهم من لا يعتد به بل يجعله تابعا للمال.[2] ولذلك قسموا الربح على قدر رأس المال دون نظر الى العمل .

ثانيا ــ شركات الابدان :

ومحلها العمل الذى يقوم به الشركاء ، فهى تنعقد على العمل ويقسم الربح على أساسه، وان دخل فى هذه الشركات أدوات يقدمها كل شريك وتكون ضرورية للعمل ، فاما ان يترتب على تقديمها فساد الشركة اذا أثرت فى محلها الاصلى وهو العمل كما اذا كانت هذه الادوات معدة للاجارة ، وفى هذه الحال يقتسم أصحاب الأدوات الكسب على قدر اجارة كل اداة . واذا لم تؤثر هذه الأدوات على محل الشركة وظل العمل العنصر الأساسى الذى تنعقد عليه الشركة تظل الشركة صحيحة . وعند المالكية لو احتاج الصناع الى مال وجب ان يقدمه كل منهم متساويا مع القدر الذى يتحمله من العمل حتى تظل لهذه الشركة طبيعتها دون تغيير [3] وهى ان يكون للعمل الاعتبار الأول الذى يؤثر فيما عداه ولا يتأثر به . فاذا تأثر العمل فسدت الشركة ولذلك اشترط المالكية ان يكون ما يقدم من مال مساو للعمل ولا يجوز ان يكون عكس ذلك ، كما ان تقديم المال مشروط بوجود الحاجة اليه [4] .

ثالثا ــ شركات الوجوه :

وهى شركات لا رأس مال لها وليس للشركاء فيها الا سمعتهم ووجاهتهم بين الناس والثقة التى يتمتعون بها ، ولذلك فمحل هذه الشركات هو الضمان الذى يلتزم به كل شريك وتشغل ذمته به ، وعلى أساسه يحدد مقدار نصيب الشريك من الربح أو الخسارة .

رابعا ــ شركات المضاربة :

وهى تجمع بين المال والعمل فصاحب المال لا يقدم عملا وصاحب العمل لا يشترط عليه تقديم المال . والربح فيها يحدد بالاتفاق وان كان العمل يعتبر الأساس فى شروط تحديد الربح حيث ان نصيب صاحب العمل يقدر على قدر عمله أما نصيب صاحب المال فيعتبر نماءا لماله ، ولذلك أجاز البعض السكوت عن ذكر نصيب صاحب رأس المال فى الربح ولكن لم يجز السكوت عن ذكر نصيب صاحب حصة العمل .

وهكذا تتحدد الأنواع الاربعة للشركات فى الفقه الاسلامى على أساس من الكيان المستقل والحقيقة المتميزة لكل منها .

---

(١) كالحنفيه والحنابله .
(٢) كالمالكية والشافعية .

(٣) انظر المدونه جـ ١٢ ص ٤٣ ، ومواهب الجليل جـ ٥ ص ١٣٦ .
(٤) لم أجد لدى المذاهب الاخرى ، فيما اطلعت عليه من كتبها ، شيئا فى هذا الخصوص .

٣٠ — اذا كان الامر كذلك فما هى حقيقة المفاوضة والعنان ؟

للاجابة على هذا السؤال نعرض لأقوال فقهاء الحنفية بصدد كل منهما لاستخلاص هذه الاجابة . فالذين قسموا الشركة منهم الى المفاوضة والعنان والوجوه والابدان حين يعرضون للمفاوضة والعنان انما يعرضون فى الواقع لشركة الاموال مرة عنانا وأخرى مفاوضة ، بدليل أنهم يتكلمون فيهما عن رأس المال وشروطه . (١) وكذلك نجدهم عندما يبحثون أحكام شركتى الوجوه والأبدان يصرحون بأنهما قد تكونان عنانا أو مفاوضة، وهذا ما جاء فى المبسوط للسرخسى وهو يتكلم عن شركة الوجوه : « وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة فى المشترى والربح جميعا » ثم يقول بصدد شركة الابدان : « ... وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ... » (٢) .

ومن فقهائهم من انتقد تقسيم الشركة الى مفاوضة وعنان ووجوه وأبدان لان هذا التقسيم يوهم ان شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان . ويقول الكاسانى بعد ان قسم الشركة الى ثلاثة أنواع : أموال وأبدان ووجوه « واما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة » (٣) .

ونضيف الى ذلك ما يراه بعض علماء الحنفية من جواز الاتفاق على تشديد مسئولية الشريك فى شركة العنان فيجيز اشتراط الكفالة فى هذه الشركة علما بأنها من مقتضيات شركة المفاوضة . وبذلك يدخل على شركة العنان القاعدة المشددة فى مسئولية الشركاء ، فهذا ابن عابدين فى حاشيته على الدر يقول : ... فلو ذكر الكفالة مع توفر باقى شروط المفاوضة انعقدت مفاوضة وان لم تكن متوفرة كانت عنانا ، ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن ان يقال تبطل وان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها أى فى العنان عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها . قال فى الفتح وقد يرجح الاول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا .اه . قلت لكن فى الخانية ولا يكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه اذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة .اه ومقتضاه ان يكون كفيلا اذا ذكر الكفالة ، وهذا ترجيح للاحتمال الثانى . ولعل وجهه ان الكفالة متى ذكرت فى عقد الشركة تثبت تبعا لها وضمنا لا قصدا لان الشركة لا تنافى الكفالة بل تستدعيها لكنها لا تثبت فيها الا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة أو بذكرها فى العقد .. » (٤) .

وكذلك اتفق فقهاء الحنفية على ان المفاوضة اذا فقدت شرطا من شروطها تصير عنانا سواء ذلك كان عند العقد أو فى أى فترة من حياة الشركة .

٣١ — يتضح من ذلك ان المفاوضة والعنان ليستا نوعين من أنواع الشركة لهما الاستقلال الكيانى عن باقى الأنواع ، فمحل كل منهما قد يكون مالا أو عملا أو ضمانا ، وهذه الأشياء فى الحقيقة هى المحل فى شركات الأموال والأعمال والوجوه .

---

(١) راجع على سبيل المثال المبسوط للسرخسى ج ١١ ص ١٥٢/ ١٥٤ .

(٢) ج ١١ ص ١٥٤/١٥٥ .

(٣) البدائع ج ٦ ص ٥٦ .

(٤) ج ٣ ص ٥٣١ .

اذا كان الامر كذلك فلن تكون المفاوضة والعنان الا من قبيل الصياغة الفقهية لكل من الأنواع الثلاثة للشركة وهى الاموال والابدان والوجوه • فهما كالشكل لكل من هذه الشركات، وليس المقصود بالشكل مجرد المراسيم أو القيود التى ترد على مبدأ الرضائية انما المراد الوسيلة التى تتبع فى تشكيل هذه الشركات من حيث التكوين والادارة • فالمفاوضة والعنان ليستا الا مجموعة من القواعد تنظم واجبات الشركاء وحقوقهم وكذلك سلطاتهم ومسئولياتهم •

وهذه القواعد يجب أن تكون معلومة لدى الشركاء عند انعقاد العقد ولذلك قلنا ان المقصود بالشكل هو الوسيلة سواء من حيث التكوين أو الادارة •

ولما كانت المفاوضة والعنان مجرد قواعد تنتظم تكوين الشركة وادارتها أمكن ان تدخل قاعدة من احداها الى أخرى كما حدث فى أجازة شتراط الكفالة — وهى التى تعتبر احدى خصائص شركة المفاوضة — فى شركة العنان • وكذلك رأينا تحول المفاوضة الى العنان كلما فقد شرط من شروط المفاوضة ، فلو كانت احداهما نوعا مستقلا من أنواع الشركة لما أمكن اجراء هذا التحول الا بتغيير كبير يدخل على شروط العقد بحيث نكون أمام شركة جديدة • ويؤيد ذلك ان شركة الأموال لايمكن أن تتحول الى شركة أبدان وكذلك لا يمكن أن تصير شركة الأبدان الى شركة وجوه وبالعكس• ولكن صح ذلك بين المفاوضة والعنان لان كلا منهما مجرد شكل تصاغ فيه الشركات ، فاذا حدث عيب فى شكل انتقلنا الى الشكل الآخر وهو الأكثر بساطة والأقل شروطا ، اما نوع الشركة الحقيقى فيظل قائما ثابتا دون ما تحول ، بالرغم من تغير الشكل •

ولعل فى الاشتقاق اللغوى للفظى المفاوضة والعنان ما يؤيد ان المراد بهما مجرد الشكل أو الصياغة الفقهية لانواع الشركات ويعبر عن اختلاف كل منهما من حيث الشروط سواء كانت شروط صحة أو متعلقة بمدى المسئولية والسلطة •

فأما المفاوضة فقد قيل أنها لغة المساومة وقيل هى من التفويض لان كل واحد من الشركاء يفرض التصرف الى صاحبه فى جميع الأحوال [1] •

وقيل عن العنان أن اللفظ مأخوذ من عنان الفرس حيث يكون باحدى يدى الفارس بينما يده الاخرى طليقة يفعل بها ما يشاء فسمى به هذا النوع من الشركة باعتبار أنه لا يكون الا فى بعض الاموال ويتصرف كل شريك فى بقية أمواله كيف يشاء [2] •

واذا كانت شركة العنان هى التى اتفقت كلمة المذاهب على اجازتها فهذا لا يدل بذاته على انها نوع خاص متميز عن الأنواع الأخرى، اذ ان هذا الاتفاق ينصب على شركة العنان بالأموال ، حتى اذا أطلق لفظ العنان انصرف الى ذلك النوع من شركات الأموال •

ولعل ما يروى عن الامام مالك من أنه لا يعرف العنان يؤيد ما نذهب اليه•وقد قيل أن المقصود من عدم معرفة الامام مالك للعنان هو استعمال اللفظ لأن أحكاما كثيرة وردت بالمذهب تعرف من خلالها قواعد العنان • ومع ذلك ساد اللفظ فى كتب المالكية من بعد [3]•

---

(١)،(٢) يراجع البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ٥٧.
(٣) أنظر المدونه جـ ١٢ ص ٦٨ ، ومواهب الجليل جـ ٥ ص ١٣٣ .

ولكن الذى يعنينا هو التدليل على ان العنان ليس الا صياغة فقهية وليست نوعا مستقلا من الشركات .

واذا خلصنا الى ذلك نقول ان المفاوضة بما تتضمن من شروط وقواعد انما هى الشكل ذو المسئولية المشددة والسلطات الواسعة . أما العنان فهى الشكل الأكثر بساطة من حيث المسئولية والأضيق نطاقا من حيث السلطات التى تخول للشركاء .

وبذلك ننتهى الى ان أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى[1] هى : الأموال ، الأبدان ، الوجوه ، المضاربة .

٣٢ — تقوم جميع الانواع المذكورة على الاعتبار الشخصى بحيث تنتهى كل منها بموت أحد الشركاء أو جنونه أو افلاسه[2] . فهى تنعقد بين أفراد معدودين يعرف بعضهم بعضا وتجمعهم علاقات خاصة وتقرب فيما بينهم صفات معينة ، اذ تقوم الشركة على أساس من فكرة الأمانة .

وبذلك يمكن اعتبار هذه الأنواع الأربعة من شركات الأشخاص التى يقول بها تقسيم القانون الوضعى للشركات فى مقابلة شركات الأموال .

على ان تسمية أحد الانواع فى الفقه الاسلامى بشركة الأموال لا يقصد به ذات المعنى الذى يقصده القانون اذ يظل للاعتبار الشخصى المقام الأول ، وانما سميت كذلك لأن محلها لا يكون الا مالا يقدم من الشركاء . ومع ذلك فقد جعل فقهاء المالكية والشافعية

(١) والمقصود هنا أنواع شركات العقد .

(٢) وسنرى فى المذهب الحنفى القول بان الشركة اذا كانت بين أكثر من اثنين لاتنتهى فى هذه الأحوال ولكنها تنتهى فقط بالنسبة لمن أصابه عارض من هذه العوارض وتبقى بالنسبة للاخرين.

وأهل الظاهر للمال فى هذا النوع من الشركة اعتبارا خاصا ، فهو عندهم الأساس الوحيد الذى يحدد بمقتضاه نصيب كل شريك فى أرباح الشركة ، فما الربح الا نماء للمال .

لكن يجب ألا يغيب عن الاذهان ان ذلك لا يعنى ان شركات الأموال التى جاءت فى القانون تبعد عن الفقه الاسلامى أو هو يأباها، بل العكس هو الصحيح وسنرى فيما بعد ان من شركات الفقه الاسلامى ما يعتبر الأصل الذى يرد اليه أنواع شركات الأموال بمعناها فى القانون الوضعى .

المبحث الثانى

أنواع الشركات فى القانون الوضعى

٣٣ — تنقسم الشركات فى القانون الى عدة أنواع بالنظر الى اعتبارات مختلفة ، فهى : تنقسم أولا : بالنظر الى نطاق رأس المال الى شركات عامة وشركات خاصة[3] .

وتنقسم ثانيا : بالنظر الى الغرض الذى انشئت من أجله — الى شركات مدنية وشركات تجارية .

وتنقسم ثالثا : بالنظر الى العنصر ذى الاعتبار الأول فيها — الى شركات أشخاص وشركات أموال[4] .

(٣) وهى غير الشركات العامة التى يكون رأسمالها كله أو بعضه داخلا فى الملكية العامة والشركات الخاصة التى يكون رأسمالها مملوكا للافراد .

(٤) ويقسم الاستاذان ليون كان ورينوه الشركات العامة والشركات الخاصة وهى اما مدنية أو تجارية وهناك الشركات ذات المسئولية المحدودة والشركات ذات المسئولية المطلقة . وشركات للقيام بواحد أو أكثر من العمليات المحددة وشركات للقيام بفرع من التجارة أو الصناعة ، وشركات ذات وجود ظاهر قبل الغير وشركات لا تنتج أثرا الا بين الشركاء ... راجع ج ٢ بند ٨٦ وما بعده .

المطلب الأول

الشركات العامة والشركات الخاصة

٧٤ — هذا التقسيم مبنى على ما يقدمه الشركاء فى رأسمال الشركة ، فالشركات العامة هى الشركات التى يقدم الشركاء فيها جميع أموالهم العقارية والمنقولة الحاضرة وما ينتج عنها ، [١] وتسمى هذه الشركات بشركات الأموال الحاضرة • وقد يتفق الشركاء على تقديم مكاسبهم من صناعاتهم أو من غيرها خلال مدة الشركة كرأسمال لها ، وتسمى هذه الشركة بشركة جميع المكاسب •

وهذا النوع من الشركات قد أغفله المشرع المصرى حيث لا توجد له أهمية فى عصرنا ، بل أصبح وجوده يكاد يكون من الامور النادرة ويقول عنه البعض ان وجوده فى القانون الفرنسى ليس الا على سبيل التذكار للعادات القديمة[٢] •

والشركات الخاصة هى التى يسهم فيها الشركاء ببعض أموالهم أو ثمارها أو حق الانتفاع بها ، والشركات المعروفة حاليا تعتبر كلها شركات خاصة •

المطلب الثانى

الشركات المدنية والشركات التجارية

٣٥ — يقوم معيار التمييز بين هذه الشركات على طبيعة أعمال كل منها ، وهونفس المعيار الذى يفرق به بين التاجر وغير التاجر فى محيط الأفراد • وان كان كل من نوعى هذه الشركات يهدف الى تحقيق الربح •

فاذا زاولت الشركة عملا تجاريا من تلك الاعمال التى عددتها المادة ٢ فقرة ثانية من القانون التجارى ، كشراء البضائع والسلع لاجل بيعها أو القيام بمقاولات النقل ••• الخ وكذلك الأعمال التجارية التى تقررت قضاء بالقياس على ما أوردته المادة الثانية فى فقرتها الثانية سالفة الذكر ، فمثل هذه الشركة تكتسب الصفة التجارية • والعبرة بالنشاط الرئيسى الذى تزاوله الشركة اذا قامت بأعمال مدنية وتجارية فى نفس الوقت ، فاذا كان العمل الرئيسى تجاريا كان العمل المدنى تجاريا بالتبعية والشركة من الشركات التجارية • وبالعكس اذا كان العمل الرئيسى مدنيا والعمل التجارى ثانويا كانت الشركة مدنية • ويرى البعض ان مجرد قيام الشركة بعمل تجارى ولو كان ثانويا بالنسبة لنشاطها يوجب اعتبارها شركة تجارية ، [٣] الا أن يكون العمل التجارى ضرورى لمباشرة النشاط المدنى ، ولعل هذا الاستثناء الذى يرد فى ثنايا هذا الرأى يعود الى فكرة النشاط الرئيسى •

وللتفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية أهمية كبيرة حيث تنفرد الشركات التجارية بالخضوع لاجراءات معينة ورد بها القانون التجارى كاجراءات الشهر وامساك الدفاتر التجارية ونظام الافلاس ، وكذلك القيد بالسجل التجارى ، واذا كانت كل من الشركات المدنية والتجارية تعتبر أشخاصا معنوية بمجرد تكوينها ، الا ان الشركات التجارية لا يعتد بشخصيتها قبل الغير الا بعد اتخاذ اجراءات الشهر التى نص عليها القانون التجارى ، واذا كان أغلب فقهاء الوضعى فى

---

(١) ليون كان ورينوه ج ٢ بند ٨٧ •
(٢) المرجع السابق •

(٣) على يونس — الشركات التجارية بند ٦.
اكثم الخولى — دروس فى القانون التجارى ج ٢ بند ٤ •

مصر[1] يرون عدم خضوع الشركات المدنية لاجراءات الشهر نظرا لان هذه الاجراءات لم يتطلبها سوى القانون التجارى وهى لذلك تطبق على الشركات التجارية وعلى الشركات المدنية اذا اتخذت لها شكلا من الأشكال التى وردت بالقانون التجارى للشركات التجارية. أما القانون المدنى فقد اكتفى بالاحالة الى اجراءات نشر يقررها القانون (م ٥٠٦) ولم يصدر قانون خاص بذلك • الا ان هناك رأيا يرى ان ذلك ليس له ما يبرره حيث ان النشر ضرورة يستلزمها ميلاد الشخص المعنوى الجديد ، سواء فى الشركات التجارية أو المدنية •[2] ولعل فى هذا الرأى ما يتفق والاحتياجات العملية[3] •

وبالنسبة للشركاء فيشترط فى الشركاء المتضامنين فى الشركات التجارية الأهلية التجارية وهم مسئولون بالتضامن مسئولية مطلقة فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، أما الشركاء فى الشركات المدنية فلا تشترط الأهلية التجارية فيهم ، ولا تضامن بينهم الا اذا اتفقوا على ذلك ، أو اتخذت الشركة المدنية شكل شركة التضامن التجارية • على أن مسئولية الشركاء فى الشركات المدنية تتعدى حصصهم فى رأس المال الى أموالهم الخاصة، وذلك بعكس الشركاء غير المتضامنين فى الشركات التجارية •

وكذلك تتضح التفرقة بين الشركات المدنية والتجارية وتنعكس على موقف الشركاء ، وذلك فيما يتعلق بالدعاوى التى تقام على الشركاء ، فتتقادم الدعاوى التى تقام على الشركاء فى الشركات التجارية بمضى خمس سنوات فقط من تاريخ انتهاء الشركة ، أما بالنسبة للشركاء فى الشركات المدنية فتخضع مثل هذه الدعاوى للقواعد العامة فى التقادم ، وعلى ذلك فلا تسقط الا بمضى خمس عشرة سنة •

٣٦ ــ الشركات المدنية ذات الشكل التجارى:

لم يرد بالقانون المدنى أشكال خاصة بالشركات المدنية كما لم يرد نص يقيدها بشكل خاص • ولذلك فان لهذه الشركات ان تتحمل الشكل الذى يتفق وتحقيق مصالحها ، بما فى ذلك الأشكال التى أوردها القانون التجارى خاصة بالشركات التجارية•

ولعل الشركات المدنية ترى أنه من المناسب لها ، وتيسيرا لتحقيق أهدافها ، ان تتخذ شكل الشركة المساهمة مثلا بغية استطاعة تجميع رأسمال ضخم بطريق الاكتتاب العام، وفى الوقت ذاته تجد فى هذا الشكل مايجذب اليها الشركاء اطمئنانا منهم لتحديد مسئوليتهم عن ديون الشركة بحدود ما اكتتبوا فى رأس المال •

وقد تسعى الشركة المدنية لاكتساب الثقة والائتمان فترى وسيلة لذلك ، اتخاذ شكل شركة التضامن ، شكلا لها فيطمئن من تتعامل معهم الشركة لوجود ضمان عام لهم يتمثل فى رأس مال الشركة بالاضافة الى أموال الشركاء المتضامنين •

---

(١) السنهورى ، الوسيط جـ ٥ بند ٢٠١ • محسن شفيق ــ الوسيط جـ ١ بند ٢٢٠ وبند ٢٥٤ ، مصطفى طه ص ٢٥٧ ، على يونس بند ٧ ، محمد حسنى عباس هامش ١ ص ١٦ ، على جمال الدين بند ٩ . اكثم الخولى جـ ٢ بند ٤٠.

(٢) البارودى جـ ١ بند ١٠٤ ، الشرقاوى بند ١٤٠ •

(٣) قارن ملش ص ٥١ حيث يرى أن العمل جرى على تسجيل الشركات المدنية بقلم كتاب المحكمة ويشهر عقدها بقصد التمسك به قبل الغير • ويدعو الى سرعة تلافى نقص التشريع بعدم ذكر الاجراءات الخاصة بالنشر (هامش ١ ص ٥٢) •

على ان اتخاذ الشركة المدنية شكلا تجاريا لا يؤثر على طبيعتها فتظل شركة مدنية وان كان الأمر لا يخلو من بعض الآثار التى تتخذ نطاقا لها بعيدا عن طبيعة الشركة • فاذا اتخذت شكل الشركة المساهمة وجب عليها ان تقوم باتخاذ الاجراءات ومراعاة الشروط الواجب توافرها لتأسيس الشركات المساهمة، وكذلك تخضع فى نشاطها لنظام الادارة والرقابة الذى ينص عليه القانون ، وتتحدد مسئولية الشركاء عن ديون الشركة بالقدر الذى أسهموا به فى رأس المال ، وهو أثر جوهرى من آثار الشكل التجارى يغير من حدود مسئولية الشركاء فى الشركات المدنية عن ديونها ، وهو وان كان حكما موضوعيا الا أنه يتصل بالشكل صلة وثيقة •

وهكذا بالنسبة للاشكال الاخرى فاذا اتخذت الشركة المدنية أحد هذه الأشكال وجب عليها اتباع القواعد التى تتعلق بهذا الشكل من حيث التكوين والادارة والمسئولية ، وبصفة عامة كل ما يتصل بهذا الشكل من قواعد •

ويمكن أن نجد تفسير ذلك فى انصراف نية الشركاء الى تطبيق قواعد الشكل التجارى الذى اختاروه لشركتهم المدنية ، ويعبر الاختيار بذاته عن هذه النية ، الا ان ذلك يقتصر على ما يدخل فى نطاق ما تركه المشرع لحرية المتعاقدين ، ودون ان يتعارض مع الطبيعة المدنية للشركة •

على أن لبعض الأشكال التجارية أثرا كبيرا يقتحم أوضاع الطبيعة المدنية للشركة ، وذلك ما يحدث بالنسبة للالتزام بالقيد فى السجل التجارى ، والخضوع للضريبة على الارباح التجارية والصناعية ، اذا اتخذت الشركة المدنية أحد أشكال الشركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة ذات المسئولية المحدودة ، فيجب عليها القيد بالسجل التجارى دون اعتداد بطبيعتها ، وذلك طبقا للقانون رقم ٦٨ لسنة ٥٤ المعدل للقانون رقم ٢١٩ لسنة ٥٣ الخاص بالسجل التجارى • اذ أوجب سريان الالتزام بالقيد فى السجل التجارى على هذه الشركات وما قضت به المادة ٣١ من القانون رقم ١٤ لسنة ٣٩ الخاص بالضرائب على الثروة المنقولة من اخضاع شركات المساهمة مهما كان الغرض منها للضريبة على الارباح التجارية والصناعية •

وبذلك يكون الشارع المصرى قد خرج فى هاتين الحالتين على معيار التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية فاعتد بالشكل دون نظر الى طبيعة اغراض الشركة • على أن القانون الفرنسى ابتداء من يوليو ١٨٩٣ قد اعتد بالشكل اعتدادا مطلقا فاعتبر الشركة المدنية التى تتخذ لها شكلا تجاريا شركة تجارية ، ويدعو البعض فى مصر الى مثل هذا المسلك بالنسبة للشركات المدنية التى تتخذ شكل الشركة المساهمة أو التوصية بالاسهم أو المسئولية المحدودة ، نظرا لاهمية هذه الشركات ، وحتى يفيد الشركاء والدائنون من ضمانات القانون التجارى ولا تتأثر مصالح الجمهور من جراء تضارب المحاكم حول مدنية أو تجارية الشركة[1] •

المطلب الثالث

شركات الاشخاص وشركات الاموال

٣٧ ـ اذا كان الاعتبار الاول فى تكوين الشركة هو اشخاص الشركاء من حيث صفاتهم

---

(١) مصطفى طه ص ٢٦٠ ، على البارودى ج ١ بند ١٠٥ حيث يقرر ان الاتجاه الحديث هو اكساب مثل هذه الشركات الصفة التجارية حتى لو اقتصر نشاطها على القيام بأعمال مدنية بحته.

الخاصة وتعارفهم ، وقوة الصلة فيما بينهم والثقة المتبادلة ، كانت الشركة من شركات الاشخاص • وان كانت على العكس من ذلك لا يعتد فيها بهذه الاعتبارات فهى ليست من شركات الاشخاص انما هى تنتمى الى نوع آخر هو شركات الاموال ، حيث يكون للمال الاعتبار الاول دون صاحب هذا المال •

فشركات الاشخاص تتكون من أفراد يتخير بعضهم بعضا ، ويرتبطون سويا بارتباط الشعور بالثقة ،وتجمعهم صفات معينة كالخبرة والامانة • ولذلك كان للغلط فى شخص ابطال أثره على الشركة فهو يعتبر غلطا جوهريا يترتب عليه لمن وقع فيه الحق فى طلب ابطال الشركة نظرا لأن شخص الشريك محل اعتبار •

ويترتب على هذا الاعتبار أيضا عدم جواز تنازل الشريك عن حصته لغيره الا اذا وافق بقية الشركاء ، لأن هذا التنازل يترتب عليه اهدار الاعتبار الشخصى بادخال شخص جديد فى الشركة قد لا يرتضيه بقية الشركاء شريكا لهم •

ولهذا الاعتبار تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء ، أو اذا طرأ عليه ما يؤثر فى أهليته فتنتهى الشركة بالحجر على مثل هذا الشريك ، كما تنتهى أيضا اذا طرأ على أحد الشركاء ما يضعف الثقة فيه كافلاسه أو اعساره • وقد تستمر الشركة رغم ذلك اذا اتفق الشركاء على استمرارها بين الباقى منهم •

هذا بالاضافة الى أن مسئولية بعض الشركاء فى هذه الشركات لا تنتهى بتقديم الحصة التى التزم بها ، انما تظل ذمته — بالاضافة الى ذمة الشركة — تكون الضمان العام للدائنين ، وهؤلاء هم الشركاء المتضامنون •

وشركات الاشخاص هى الاعمق تاريخا حيث ظهرت الى حيز الوجود العملى ، وحطت رحالها على الانظمة القانونية منذ وقت مبكر، كما انها لا تزال الاقرب الى الاحكام العامة للشركات والاكثر طواعية لفكرة التعاقد وحرية الارادة حيث أن القواعد الآمرة لم تلاحقها بالمدى الذى لاحق بها المشرع شركات الاموال لا سيما شركة المساهمة •

وقد اختار القانون التجارى لهذا النوع من الشركات اشكالا ثلاثة هى :

شركة التضامن ، شركة التوصية البسيطة ، شركة المحاصة ، وان كانت الاخيرة تقف آثارها عند مجرد العقد دون أن تتعداه الى الغير ، حيث أن هذه الشركة لا شخصية معنوية لها •

أما شركات الاموال وهى لا تقوم على الاعتبار الشخصى ، فليس لشخصية الشريك أو صفاته أى اعتبار ، ولذلك فلا أثر للغلط فى شخص الشريك كما هو الحال فى شركات الاشخاص • فهذه الشركات ولا سيما شركة المساهمة تتراخى فيها الرابطة بين الشركاء ويعتورها الفتور بعكس شركات الاشخاص حيث تزداد هذه الرابطة قوة وتوثقا • ففى شركات المساهمة لا يتعلق الشريك سوى بالامل الذى يراوده فى الحصول على نصيب من الربح الذى تحققه الشركة •

ونتيجة لهذا الوضع فان موت الشريك أو افلاسه أو حتى انسحابه من الشركة لا يؤثر على وجود الشركة وبقائها •

ويقسم رأسمال الشركة الى أقسام متساوية القيمة تسمى أسهما وهى قابلة للتداول ولعل هذه الخصوصية — القابلية للتداول — هى الفارق الجوهرى بين السهم فى شركات الاموال ، والحصة فى شركات الاشخاص •

ويقتصر ضمان الدائنين على أموال الشركة فقط دون أن يمتد الى أموال الشركاء المساهمين •

وشركات الاموال وعلى وجه الخصوص شركة المساهمة تبتعد الى حد ما عن فكرة التعاقد نظرا لملاحقة المشرع لها بالقواعد الآمرة ، الأمر الذى دعا البعض الى القول بان هذه الشركات اصبحت تقوم على فكرة النظام لا فكرة العقد • وبالرغم من وجاهة هذا الرأى حيث أصبح سلطان الارادة منكمشا الى أضيق الحدود ، الا أن فكرة العقد لازالت غير غريبة على هذه الشركات ، فيمكن القول ان المساهم قبل أن ينضم الى الشركة انما انصرفت ارادته الى الرضا بما يتضمنه نظام لشركة من نصوص وقواعد •

وقد اعطى المشرع المصرى لهذا النوع من الشركات شكلى شركة المساهمة وشركة التوصية بالاسهم[1] • وان كان من بين الشركاء فيها من يسأل عن ديونها فى أموالهم الخاصة وهم الشركاء المتضامنون •

وقد اضاف القانون رقم ٢٦ لسنة ٥٤ الى الشركات التجارية نوعا آخر هو الشركة ذات المسئولية المحدودة ، وقد سد المشرع بذلك نقصا كان القانون المصرى يعانى منه • فهذه الشركة من نوع خاص تجمع بين مزايا شركات الاشخاص وشركات الاموال وتتخفف من عيوبهما •

ونعرض فيما يلى الاشكال المختلفة للشركات التجارية فى ايجاز •

الفرع الأول
شركة التضامن

٣٨ — شركة التضامن أحد اشكال شركات الاشخاص وتتكون من مجموعة واحدة من الشركاء مسئولين مسئولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة ، فمسئولية كل شريك تمتد الى امواله الخارجة على ما قدمه من حصص فى رأسمال الشركة •

ويكتسب الشريك فى هذه الشركة صفة التاجر بما يترتب عليها من آثار ما عدا الالتزام بامساك دفاتر تجارية اذا لم تكن له تجارة خاصة ، وهذا على خلاف فى الرأى •

ونظرا للمسئولية الكبيرة التى يتحملها الشركاء فى هذه الشركة فغالبا لا تنعقد شركة التضامن الا بين اشخاص يرتبطون برابطة قوية كرابطة العائلة ، أو صلة القرابة القريبة حتى تتوفر الثقة اللازمة فى مثل ما تفرضه هذه الشركة من مسئوليات •

الفرع الثانى
شركة التوصية البسيطة

٣٩ — الشكل الثانى من اشكال شركة الأشخاص هو شركة التوصية البسيطة ، وهى

---

(١) من الكتاب المصريين من يعتبر شركة التوصية بالاسهم من الشركات المختلطة أى التى تجمع بين الاعتبارين الشخصى والمالى فهى فى مركز وسط . محسن شفيق الموجز بند ٢٧٧ . حسنى عباس ١٧ . الشرقاوى بند ١٣٩ . على جمال الدين بند ٥ .

تتكون من مجموعتين من الشركاء لكل منهما أحكام خاصة . فالمجموعة الأولى تضم الشركاء المتضامنين ، وهم فى نفس وضع الشركاء المتضامنين فى شركة التضامن ، فيخضعون لنفس القواعد والاحكام التى يخضع لها هؤلاء .

والمجموعة الثانية وتضم الشركاء الموصين ، أو كما اسمتهم المادة ٢٣ من التقنين التجارى « ارباب الاموال » . وتتحدد مسئولية شركاء المجموعة الثانية بحدود حصصهم فى رأس المال، ولا يكتسبون صفة التاجر ، ولا يجوز لهم التدخل فى ادارة الشركة بوجه عام . ومع ذلك فان شخصيتهم محل اعتبار أيضا ، روعى من جميع الشركاء عند التعاقد ، فيمتنع عليهم لذلك التنازل عن حصصهم للغير الا بعد موافقة باقى الشركاء لانهم ما رضوا باحدهم شريكا الا لتوفر صفات معينة قد لا تتوفر لدى غيره . ولذلك أيضا تنتهى الشركة بموت احد الشركاء الموصين أو بالحجر عليه أو افلاسه اذا كان قد اكتسب صفة التاجر أصلا، أو اعساره .

ولهذا الشكل من اشكال الشركات التجارية ميزة خاصة يمتاز بها اذ ييسر السبيل أمام أصحاب الاختراعات أو ذوى الخبرة فى مختلف الانشطة التجارية لايجاد من يقدمون لهم المال ، ويقومون هم بالعمل وادارة الشركة . ومن ناحية أخرى يفيد هذا الشكل الاشخاص الذين يرغبون فى استثمار اموالهم دون أن يتعرضوا لمخاطر المسئولية المطلقة للشركاء المتضامنين ، كما يتيح لهم الابتعاد عن اكتساب صفة التاجر بما يستتبعه من خضوع لاجراءات وقواعد قد تتعارض مع أوضاعهم ، أو يجدون من الخير لهم أن يبتعدوا عنها .

الفرع الثالث

شركة المحاصة

٤٠ نصت المادة ٥٩ من القانون التجارى على آنه « ... تعتبر ايضا بحسب القانون الشركاه التجارية التى ليس لها رأسمال شركة ولا عنوان شركة وهى المسماة بشركات المحاصة » . فهذه الشركة لا وجود لها امام الغير اذ ليس لها شخصية معنوية ، فآثارها قاصرة على الشركاء لا تتعداهم . وهى تقوم أيضا — شأنها فى ذلك شأن شركات الاشخاص — على الاعتبار الشخصى . وتتمتع هذه الشركة بمرونة كبيرة من حيث التكوين ، اذ لا تسرى عليها أية اجراءات لانعقادها كالكتابة ، كما لا تخضع لأى اجراء من اجراءات الشهر أو النشر . والشريك الذى يتعاقد مع الغير يتعاقد باسمه ولذلك يكون مسئولا وحده آمام هذا الغير عن جميع ما يعقده من صفقات .

ويقتسم الشركاء الارباح الناتجة عن نشاطهم الذى يقومون به أو يقوم به بعضهم لحساب الشركة ، وكذلك يتحملون بالاعباء التى ترتبها أية خسارة تحيق بالشركة ، وكل ذلك وفقا للاتفاق المبرم بينهم .

الفرع الرابع

شركة المساهمة

٤١ — تعتبر شركة المساهمة أهم اشكال شركات الاموال فضلا عن الشركات جميعا ، وتستمد هذه الاهمية عن طريق استطاعتها القيام بما يعجز عنه غيرها من مشروعات تحتاج الى أموال وفيرة وامكانيات ضخمة ، ومن ناحية أخرى الى زمن طويل . فلا تتوفر هذه العوامل الا لشركات المساهمة حيث يمكنها

تكوين رأس المال الوافر عن طريق الاكتتاب العام ، كما تستطيع البقاء زمنا طويلا يفى باحتياجات القيام بعمل أو أعمال كبيرة ، وذلك لعدم اعتدادها أو تأثرها بالاعتبار الشخصى، فلا تتأثر بموت شريك أو أكثر ، ولا تتعرض لاخطار الانهيار كلما أفلس شريك أو حجر عليه ، أو كلما طالب شريك بالبطلان لغلط وقع فيه و تدليس أو اكراه وقع عليه •

وهذا الشكل يتكون من مجموعة واحدة من الشركاء من حيث المسئولية عن ديون الشركة، فمسئولية الجميع محددة بمقدار ما اكتتبوا فيه من اسهم ، وان تنوعت هذه الاسهم وترتب على تنوعها اختلاف فى الحقوق قبل الشركة •

ويقسم رأسمال شركة المساهمة الى أسهم متساوية القيمة ويتم تداولها بالطرق التجاريه أى بالتسليم أو التظهير ، وكذلك عن طريق القيد بسجلات الشركة ، وتتوقف الوسيلة على الشكل الذى يصدر فيه السهم ، وهو يصدر اما فى شكل السهم الاسمى ، أو السهم لحامله ، أو السهم للامر ويسمى أيضا بالسهم الاذنى •

فالسهم الاسمى يتداول بطريق القيد فى سجل خاص تعده الشركة لذلك ، اما السهم لحامله فيتم تداوله بطريق التسليم ، والسهم الاذنى يتم تداوله بطريق التظهير • هذا مع ملاحظة ان القانون ١١١ لسنة ٦١ المعدل لبعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ٥٤ أوجب أن تكون الاسهم اسمية ، وعلى ذلك اصبحت الطريقه الوحيده لتداول الاسهم هى القيد فى سجلات الشركه •

ولا يرد على الحريه فى تداول الاسهم تلك القيود التى ترد على حرية التنازل عن الحصص فى شركات الاشخاص • ومع ذلك فهذه الحرية المطلقه لتداول الاسهم من حيث الاصل ، لا تبرأ من بعض القيود التى يفرضها القانون او تنشا بواسطة الاتفاق • ونعرض فيما يلى لما يعترى هذه الحريه من قيود قانونيه واتفاقيه •

٤٢ — **القيود القانونيه** : اوردها القانون ٢٦ لسنة ٥٤ وغاية هذه القيود تحقيق المزيد من الضمانات للمساهمين ، لا سيما فى الفترة الحرجه للشركه وهى الفتره الاولى من حياتها حيث يكون مركزها الحقيقى غير واضح القسمات •

فاسهم الحصص العينيه والاسهم التى يكتتب فيها المؤسسون احاطها المشرع بقيوده، فحظر تداولها فى الفترة السابقة على نشر الميزانية وحساب الارباح والخسائر وما يلحق بها من وثائق عن سنتين ماليتين كاملتين مدتهما أربعة وعشرون شهرا من تاريخ صدور «القرار الجمهورى » المرخص فى انشاء الشركة ، أو تاريخ قيدها بالسجل التجارى اذا كان تأسيسها قد تم بمحرر رسمى م ١٥ ف / ٢٥

كذلك منع القانون تداول شهادات الاكتتاب بأزيد من قيمتها الاسمية مضافا اليها نفقات الاصدار وذلك فى الفترة التى تسبق صدور القرار الجمهورى المرخص فى انشاء الشركة أو القيد فى السجل التجارى ويسرى هذا الحظر على الاسهم النقدية فى الفترة اللاحقة على صدور هذا القرار الجمهورى أو القيد بالسجل التجارى وحتى نشر حساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية كاملة •

واحكاما لتوفير الحماية من نتائج سوء الادارة يمتنع قانونا على عضو مجلس الادارة أن يتصرف فى أسهم الضمان التى يملكها طوال

مدة عضويته ، وحتى يتم التصديق على ميزانية اخر سنة مالية فى هذه المدة (م ٢٧/ ف ٣) .

٤٣ — **القيود الاتفاقية** : وهى التى يتضمنها نظام الشركة ويقصد بها غالبا الى قصر تملك اسهم الشركة على اناس معينين ، ومن أمثلتها النص على عدم جواز التنازل عن الاسهم لمن لا يتمتعون بجنسية بلد الشركة ، أو لمعتنقى مذهب سياسى أو اجتماعى معين . كما يجوز أيضا أن يتضمن نظام الشركة النص على ضرورة عرض الاسهم المراد التنازل عنها على بقية المساهمين كشرط لجواز التنازل عنها لغيرهم ، أو يتضمن النص على حق الشركة فى استرداد كل سهم يريد مالكه التنازل عنه .

ولا تؤدى هذه القيود الى الغرض المقصود منها الا اذا كانت الأسهم اسمية ، حتى تتمكن الشركة من مراقبة عمليات تداول الأسهم وبالتالى مراعاة نصوص تنظيم التنازل التى يتضمنها نظام الشركة . ومن الواضح أن هذه القيود الاتفاقية التى ترد على حرية تداول الاسهم تفتح الباب امام الاعتبار الشخصى ليقتحم على شركات المساهمة طبيعتها وخصائصها ، لذلك يجب الا يترتب على هذه القيود عمليا تعطيل خصوصية التداول تعطيلا مطلقا وهى الخصوصية التى يتمتع بها السهم دون الحصة فى شركات الاشخاص والا تغلب الاعتبار الشخصى على الاعتبار المالى فى شركات الاموال ايضا وزال الفارق التقليدى بين السهم والحصة .

ويترتب على خاصية التداول التى يتمتع بها السهم أن تنتقل ملكية الاسهم الى ورثة المساهم بوفاته .

ولا يترتب على المساهمة فى هذه الشركة اكتساب صفة التاجر ، على عكس ما يترتب على دخول الشركاء فى شركات الاشخاص كشركاء متضامنين .

وتخضع هذه الشركة لاجراءات شديدة فى تكوينها ومراقبتها وذلك بقصد حماية جمهور المكتتبين من أن يقعوا ضحايا عمليات وهمية ، وحماية للمساهمين من نتائج سوء الادارة .

٤٤ — وقد ارتضى الشارع المصرى شكل شركة المساهمة للشركات العامة أى التى يدخلها رأس المال العام ، سواء عن طريق اشتراك الدولة فى رأسمالها ، أو عن طريق استغلال الدولة بانشائها اصلا ، أو عن طريق التأميم . وقد ظهر ذلك فى القانون رقم ١١٧ لسنة ٦١ ، اذ ابقى المشرع على شكل المشروعات المؤممة دون أى تغيير ، ولم يجعل منها مؤسسات عامة .

وتأكد هذا الاتجاه فى القانون رقم ١١٨ لسنة ٦١ حيث أوجبت المادة الاولى منه تحويل المشروعات الخاضعة له الى شركات مساهمة اذا لم يكن لها هذا الشكل من قبل . ولم يكن القانون رقم ١١٩ لسنة ٦١ الخاص بتأميم بعض الشركات بحاجة الى نص مماثل حيث أن الشركات التى خضعت لأحكامه كانت جميعها شركات مساهمة .

واخيرا جاء نص المادة ٣٣/ف ٢ من القانون ٣٢ لسنة ٦٦ الخاص بالمؤسسات العامة والشركات العامة . يوجب أن تتخذ جميع شركات القطاع العام شكل الشركة المساهمة .

الفرع الخامس
شركة التوصية بالاسهم

٤٥ — هذه الشركة صنو شركة التوصية البسيطة ، حيث تجمع بين نوعين من الشركاء احدهما الشركاء المتضامنين ، والثانى الشركاء

الموصين • الا أن رأس المال هنا يقسم الى اسهم متساوية القيمة ، كما ان حصص الشركاء الموصين وهى تمثل بأسهم يمكن تداولها وتنتقل ملكيتها الى الورثة بالوفاة اذ ان شخصية الشريك الموصى هنا ليست بذات اعتبار لدى بقية الشركاء •

ولكل ذلك تعتبر هـذه الشركة من شركات الاموال • على انها تجمع بين خصائص كل من شركات الاشخاص وشركات الاموال فهى بالنسبة للشركاء المتضامنين شركة أشخاص وبالنسبة للموصين شركة أموال ، وعلى ذلك يخضع الشركاء المتضامنون لما يخضع له هؤلاء الشركاء فى شركات الأشخاص من أحكام ، ومن ناحية أخرى يخضع الموصون للاحكام التى يخضع لها المساهمون فى شركات المساهمة •

والادارة فى هذه الشركة يختص بها الشركاء المتضامنون وحدهم ، وان كان من حق الموصين الاشراف والمراقبة ، ولذلك تتكون منهم الجمعية العمومية ومجلس المراقبة الذى ينوب عن الموصين فى الاشراف على شئون الشركة وتختاره الجمعية العمومية •

الفرع السادس

الشركة ذات المسئولية المحدودة

٤٦ — وهى كما سبق القول ذات طابع خاص يجمع بين مزايا شركات الأشخاص وشركات الأموال ، ويتخلص من عيوبها ، اذ تمكن من الوصول الى نتائج المساهمة فى شركات المساهمة دون حاجة الى اتباع اجراءات تكوينها ، وهى اجراءات ليست بالسهلة ولا بالهينة ، كما ان هذه الشركة تبتعد بالشركاء عن قسوة الوضع فى شركات التضامن وتجنبهم الحظر من التدخل فى الادارة الذى فرضه القانون على الشركاء الموصين ، والجزاء المترتب على مخالفتهم لهذا الحظر • ويقتضى هذا الطابع الخاص لهذه الشركة التوفيق بين خصائص كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال •

فمن خصائص شركات الأشخاص عدم قابلية حصة الشريك للتداول على عكس الحال بالنسبة للاسهم • كما لا يجوز ان يكون شريكا فى هذه الشركة الا الأشخاص الطبيعيون وحدهم • ومن خصائص شركات الأموال ان الشركاء جميعا لا يسألون الا فى حدود حصصهم عن ديون الشركة ، وان حصة الشريك تنتقل فيها بوفاته الى ورثته • كما ان الادارة تتكون من ثلاث هيئات هى المدير ومجلس المراقبة والجمعية العمومية مع ملاحظة ان مجلس المراقبة لا يوجد بهذه الشركة الا اذا زاد عدد الشركاء عن عشرة •

وحصص الشركاء فى هذه الشركة وان كانت غير قابلة للتداول بالطريق التجارى ، فهى تخضع لاسترداد الشركاء ، بمعنى أنه يجوز التنازل عنها للغير ولكن هذا التنازل يتقيد الحق فيه بقيود خاصة فهو اذن حق مطلق ، حتى انه يجوز ان ينص فى عقد تأسيس الشركة على عدم جوازه (م ٧٣/ف ١ من القانون ٢٦ لسنة ٥٤) •

وهذا التقييد يتفق بلا شك مع المركز الوسط الذى تشغله الشركة ذات المسئولية المحدودة بين شركات الاشخاص وشركات الأموال، حيث يلحظ الاعتبارين اللذين تقوم عليهما هذه الشركا ت• فالمنع من التداول بالطرق التجارية لم يترتب عليه حرمان الشريك من التنازل عن حصته حرمانا مطلقا • بل ان هذا التنازل ترد عليه بعض القيود حيث أوجبت المادة ٧٣ فى فقرتها الثانية على من يعتزم التنازل

عن حصته ان يعرض هذه الحصة على سائر الشركاء • عن طريق مديرى الشركة • ولهؤلاء الشركاء الحق فى استرداد الحصة المزمعبيعها فى خلال شهر ه نابلاغ المديرين ، فاذا لم يستعمل أحد من الشركاء حقه فى الاسترداد أطلقت حرية الشريك فى التصرف فى الحصة • (م ٧٣/ف٣) •

ولا تؤسس الشركة ذات المسئولية المحدودة عن طريق الاكتتاب العام ، فهى تتكون من أشخاص متعارفين ، وغالبا ما تربطهم صلة من صلات القربى •

وقد حدد المشرع حد أدنى لرأسمال هذه الشركة لا يجوز ان يقل عنه فى أى فترة من فترات حياتها ، هذا الحد هو ألف جنيه ، ولكنه لم يحدد لرأس المال حدا أقصى لايجوز ان يتخطاه • ويقسم رأس المال الى حصص متساوية القيمة لا تقل قيمة كل منها عن عشرين جنيها • وبالنسبة لعدد الشركاء اختط المشرع خطة قاصرة على هذا النوع من الشركاتفحدد حدا ادنى لا يجوز ان يقل عنه وحدا أقصى لا يجب ان يزيد عنه ، فاشترط الا يزيد عدد الشركاء عن خمسين شريكا ولا يقل عن اثنين فاذا كان بين الشركاء زوجان وجب الا يقل العدد عن ثلاثة • ولعل تبرير اشتراط الحد الاقصى يكمن فى ارادة المشرع الحفاظ على الاعتبار الشخصى بين الشركاء وهو أساس تقوم عليه هذه الشركة ، ومن ناحية أخرى يتفق هذا التحديد والمنع من جمع رأس مال الشركة عن طريق الاكتتاب العام •

وقد أجاز المشرع ان يكون اسم هذه الشركة مستمدا من غرضها ، أو ان يكون متضمنا اسم شريك أو أكثر ، وفى ذلك يظهر اعتبار المشرع لطبيعة هذه الشركة التى تجمع بين خصائص شركات الاشخاص وشركات الاموال•

فاذا اختارت من غرضها اسما لها فهذا من خصائص شركات الأموال ، وان ظهر اسم أحد الشركاء أو أكثر فهو عنوان لها وذلك ما تختص به شركات الأشخاص • على أن اتخاذ هذه الشركة عنوانا لها يتضمن أسماء بعض الشركاء لا يترتب عليه كما فى شركات الاشخاص أية فائدة للغير اذ ان مسئوليةجميع الشركاء عن ديون الشركة محدودة بقيمة حصصهم •

ونظرا للطبيعة الخاصة لهذه الشركة فلايمكن اعتبارها فى عداد شركات الأشخاص أو شركات الاموال ، بل هى فى وضع وسط بين النوعين، وتتمتع بمركز خاص ناتج ع نجمعها بين بعض قواعد كل منها • [1] على ان البعض يرى اعتبارها من قبيل شركات الاشخاص • [2]

٤٧ — من هذا العرض لأنواع الشركات فى القانون الوضعى يتبين انها ليست سوى شركات الأشخاص وشركات الأموال ، اما ما يتفرع عليها فليس الا أشكالا تصاغ فيها كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال سواء كانت خاصة أو عامة ، وسواء كانت مدنية أو تجارية ، ذلك ان تحليل هذه الشركات الى عناصرها الاصلية يؤدى الى ان هذه العناصر ليست سوى الجهد والمال • وما الشركة فى الحقيقة الا تجميع لهما • فاذا كان التجميع يستهدف جهد الشركاء ومالهم كنا بصدد شركة من شركات الأشخاص • واذا استهدف التجميع أساسا ما يقدمه الشركاء من مال كنا بصدد شركة من شركات الأموال •

---

(١) ملش ص ٤٦٥ ، مصطفى طه ص ٥٣٦ ، البارودى ج ٢ بند ٢٨٣ ، العريف ملحق ١٩٥٥ بند ١٦٨ ،محمد حسنى عباس بند ٧ ، الشرقاوى بند ٣١٨ ، على جمال الدين بند ٢٨٦ . اكثم الخولى ج ٢ بند ٨ .

(٢) محسن شفيق — الوسيط ج ١ ص ٦٩٣، على يونس بند ٢١٧ ، فريد مشرقى ج ١ بند ١٥٦.

المطلب الرابع

موقف الفقه الاسلامى من أشكال الشركات فى القـــانون

٤٨ ــ تبين مما سبق ان الشركات بنوعيها: الاشخاص ، والاموال ، انما هى تجميع للجهد والمال ، أو بمعنى آخر ان هذه الشركات تقوم على المال والعمل • ففى شركات الأشخــاص يقدم الشركاء مالا أو عملا ، أو الاثنين معـا للقيام بمشروع مالى • وفى شركات الاموال لا يخرج الامر عن ذلك وان اختلفت صورته، حيث يقدم المساهمون الاموال ، ويقوم على ادارتها المديرون أو مجلس الادارة على حسب الاحوال • وهذا الجهد الذى يبذل فى ادارة وتوجيه سياسة الشركة هو من قبيل العمـل، حيث يعمل المديرون أو مجلس الادارة فى أموال الشركاء •

اذا خلصنـا الى ذلك أمـكن رد الشركات بأشكالها المختلفة التى نص عليها القانون الى أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى ، حيث ان أساسها المال والعمل •

وما استحدثه القانون لا يمس هذا الاساس فى جوهره وانما يغير منه الشكل الذى يتخـذ وسيلة لتحقيق المشروع • اذن فالجديد هـو فى الصياغة التشريعية التى اتت بأشكال متعددة يجد فيها الناس ــ بحسب ما استجد من تعامل ــ ما يتلاءم ومصالحهم وتحقيق مقصودهم •

وفيما عرضنا من أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى يبرز سعيه الحثيث الى مسـايرة حاجات الناس منذ زمن بعيد وجهده الفـائق لتحقيق مصالحهم بل ان تعدد هذه الأنواع يقوم بذاته دليـلا على مـدى السـعة التى يوسعها فى ذلك على الناس ، فمن شركة بالمال الى شركة بالعمل فقط ، الى شركة بالضمـان فقط ، الى شركة بالمال من جانب وبالعمل من جانب آخر • وبذلك يظل هذا الفقه فى هـذا الخصـوص أوسـع نطاقـا بحيث يمكن أن يستوعب جميع أنواع الشركات التى استحدثها القـانون •

وفيما يلى عرض لهذه الشركات واصلهـا الذى يمكن ان ترد اليه فى الفقه الاسلامى[1] •

أولا ــ شركات الاشخاص :

وهى اما تتخذ شكل التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة •

فشركة التضامن قد يكون جميـع الشركاء فيها ــ طبقا لما يقرره الاتفاق ــ قائمين بالعمل والادارة ، وقد تكون الادارة بواحد فقط أو أكثر من الشركاء دون الباقين •

ففى الحالة الاولى ترد الشركة الى شركة الاموال فى الفقه الاسلامى حيث يقدم الشركاء ما يسهمون به فى رأس المال ، ويقومون بالعمل وادارة الشركة •

وفى الحالة الثانية وهى التى تقتصر الادارة فيها على واحد أو أكثر مـن الشركاء ، تـرد الشركة الى كل من شركة الأمـوال وشركة المضاربة ، فالمدير يعمل فى ماله ومال شركائه• وحيث يكون العمل من الشريك فى مال شركائه كنا بصدد شركة المضاربة اذ يقدم شريك أو أكثر رأس المـال ويقدم شريك آخر أو أكثر العمـل •

واذا حدد للشريك المدير أجـر على هـذه الادارة فان ذلك مما يرفضه الفقه الاسـلامى حيث يرى أن فى ذلك جمعا بين صفتى الشريك

---

(١) يراجع على الخنيف ــ الشركات فى الفقه الاسلامى ص ٩٢ وما بعدها .

والاجير ، كما يرى ان من يشـارك فى مال لا يجوز ان يحصل على أجر فى استثماره ، ومع هذا يرى البعض جواز ان يكون للشريـك فى مقابلة قيامـه بالادارة نصـيب من الـربح بالاضافة على ما يخص ما قدمه من رأسـمال لان ادارته تعتبر حصة عمل •

والحكم فى هذه الحـالة الثانية هـو الذى يسرى على شركةالتوصية البسيطة فحيثيقدم الشركاء المتضامنون مالا وعملا تـرد الشركة الى شركتى الأموال والمضاربة وحيث لا يقدم الشركاء المتضامنون أو المديرون منهم فقط غير العمل ترد الشركة الى شركة المضاربة ، اذ ان صاحب العمل يعمل فى مال غيره وهو ما يقدمه الشركاء الموصون الذين ليس لهم الحـق فى مباشرة الادارة ، وهو نفس وضع أصحـاب رأس المال فى شركة المضاربة •

وتسرى على **شركة المحـاصة** نفس هـذه الاحكام حتى فى الصورة التى يتفـق الشركاء فيها على نقل ملكية رأس المال الى احـدهم ليقوم باستغلاله لحسـابهم حيث ان عمـله لحساب الشركاء يعتبر مضاربة • ويرى البعض ان هذه الصورة ليس لها صفة الشركة بسبب نقل ملكية الحصص الى أحد الشركاء ، [١] والواقع أن نقل الملكية فى هذه الصورة ليس الا وسيلة يختفى وراءها الشركاء من ناحية، ومن ناحية أخرى تمكينا للشريك المـدير من حرية العمل والادارة ، فاذا نقلت الملكية اليه فهو نقل مؤقت ، والا كان تنازلا عن ملـكية المال ، ولا يمكن ان يكون كذلك بدليل أنه فى هذه الحالة عند التصفية التى تجرى لاعمال الشركة يكون هذا الشريك مسئولا عن قيمـة الحصص أمام الشركاء [٢] •

فيسترد كل شريك قيمة حصته بعداستنزال مقدار الخسارة ان وجدت ، وان تحقق ربـح يوزع على الشركاء بعد استردادقيمةحصصهم • وبذلك يتضح ا ن نقل الملكية فى حقيقة لايخرج عن كونه مجرد وسيلة •

أما الحالة التى يتفق فيهـا الشركاء على استبقاء حصة كل منهم تحت يده يعمل فيهـا بنفسه فهـذه ليس فيهـا ما ينـدرج تحت الشركات فى الفقه الاسلامى الا مجرد النيـة فى اقتسام الارباح والخسائر التى قد تترتب على نشاط الشركاء •

ثانيا ـ شركات الاموال :

وهى قد تتخذ شكل المساهمة أو التوصـية بالاسهم • فالمساهمة وهى تجمع عـددا كبيرا من المساهمين لا يمكن له ان يشارك فى الادارة بمعناها الضيق ، ولذلك يقوم بهـذه الادارة مجلس تنتخبه الجمعية العمومية للمساهمين • ويقتصر حق بقية المسـاهمين على المـراقبة والاشراف عن طريق الجمعية العمومية ومجلس المراقبة •

وعمل مجلس الادارة فى هذه الصورة يرد الى أحكام شركة المضاربة من حيث العمل فى مال الغيرة والى أحكام شركة المـال من حيث عمل الشريك فى مال نفسه •

والحكم بالنسبة لشركة **التوصية بالاسهم** هو نفس الحـكم بالنسبة لشركة التوصـية البسيطة •

ثالثا ـ الشركة ذات المسئولية المحدودة :

وهى تجمع بين خصائص ومزايـا كل من شركات الاشخاص وشركات الاموال ، وتـرد أيضا الى شركة المضاربة فيما يختص بالعمل

---

(١) على الخفيف ـ الشركات ص ٩٦ •
(٢) على يونس ـ الشركات التجارية بنـد ٢٠٧ •

فى مال الغير ، والى شركة الاموال فيما يتعلق بعمل الشريك فى مال نفسه .

وفى جميع الاحوال اذا عين لادارة الشركة مدير غير شريك يكون العقد بالنسبة اليه عقد اجارة ، أى يكون المدير أجيرا محضا .

أما اذا خصص له فى مقابلة الادارة حصة من الربح لا يحصل عليها اذا تحققت الخسارة ، صار شريكا بعمله وليس أجيرا ، وكنا بصدد شركة مضاربة من جميع الوجوه .

٤٩ — وهكذا تتأكد سعة قواعد الفقه الاسلامى فى الشركات لتستوعب أشكال الشركات فى القانون الوضعى ، كما انها ليست متعارضة مع أسس نظرية الشركات فى الفقه الاسلامى . ويظل الفقه الاسلامى بما أورد من أنواع للشركات متسعا لغير ما أورد القانون من أنواع ، اذا أجاز الفقه الاسلامى الشركة بالاعمال فقط ، والشركة بالضمان فقط وهى شركة الوجوه . على ان وجود بعض الاختلافات التفصيلية فى أحكام الأنواع مما أوجبته مقتضيات التطور ورعاية المصالح فانه لا يوجد ما يمنعها شرعا متى بعدت عن مخالفتها لاصول الشريعة الاسلامية ومع هذا يرى الدكتور ملش ان فقهاء الشرع الاسلامى عالجوا أحكام الشركات فيما عدا شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم ، اذ ان أحكام هذه الشركات لا تقرها الشريعة الاسلامية ، لاحتمال الربا فى بعضها فهى حينئذ خارجة على دستورها وضد نظامها العام .[1]

وهذا الرأى لا يمكن التسليم به حتى مع التسليم باحتمال وجود الربا ، مع أنه لم يبين مصادر هذا الاحتمال ، ذلك ان احتمال وجود الربا لا يتصل باصل نظرية الشركات ، كما لا يتصل بطبيعة هذين الشكلين من أشكال الشركات . فالاصل فى الشركات هو استثمار المال بقصد تحقيق الربح مع الاستعداد لتحمل ما قد تمنى به الشركة من خسارة ، هذه هى النظرية التى قامت عليها الشركات بجميع أشكالها ، ولا منفذ فيها بحسب طبيعتها لاحتمال الربا . فاذا وجدت الثغرة فى أى شكل من أشكال الشركة وجب العمل على سدها تخليصا لعقد الشركة من أى شائبة تعلق به لاسيما اذا لم تكن نتيجة لطبيعة عقد الشركة أو مستلزماته .

وعلى ذلك لا يكون هذان الشكلان من أشكال الشركات خارجين على دستور الشريعة الاسلامية — كما يقرر الدكتور ملش — ولا يتعارضان بحسب الاصل مع نظامها العام .

---

(١) الشركات بند ٩ .

الفصل الثانى

الشخصية المعنوية للشركات

المبحث الأول

فى نطاق القانون

٥٠ ـ تعتبر الشركات ـ فى القانون الوضعى ـ بمجرد تكوينها أشخاصا اعتبارية (م ٥٠٦ مدنى) وجاء هذا الحكم عاما فشمل الشركات المدنية والتجارية على سواء • وقد كان اعتبار الشركات المدنية أشخاصا اعتبارية فى ظل القانون المدنى الملغى موضع خلاف وتردد ولكن القضاء انتهى بعد ذلك الى اعتبار هذه الشركات أشخاصا اعتبارية • وهذا بخلاف الأمر بالنسبة للشركات التجارية حيث لم يثر أى خلاف بصدد اعتبارها أشخاصا اعتبارية بالرغم من عدم ورود نصوص صريحة فى التقنين التجارى •

ولم يخرج من نطاق هذا الحكم الا شركات المحاصة اذ ليس لها أى مظهر خارجى ولا يتعدى أثرها الشركاء فيها •

ويترتب للاشخاص الاعتبارية ما يترتب للاشخاص الطبيعيين من حقوق الا ما كان منها لصيقا بالشخص الطبيعى • كما ان الحقوق المترتبة للشخص الاعتبارى تكون محدودة بحدود الأهداف التى من أجلها نشأ ذلك الشخص الاعتبارى •

واذا كان القانون قد اعتبر الشركات أشخاصا اعتبارية فان هذه النتيجة لم يصل اليها الا بعد ان فرضت الحاجة العملية نفسها على التشريع ، اذ ان نظرية الشخصية المعنوية كانت ولا تزال موضوعا للمناقشات والآراء المختلفة أحيانا ، المتصادمة أحيانا أخرى[1] • فبينما نجد من لا يعترف بوجود ما يسمى بالشخص الاعتبارى ، وانه لا حاجة اليه ، نجد المؤيدين لفكرة الشخص الاعتبارى يحتدم الجدل بينهم ، فمن متطرف فى التأييد دفعه تطرفه الى اعتبار الشخص الاعتبارى حقيقة واقعة مثل الشخص الطبيعى سواء بسواء ، الى متطرف فى الاتجاه المضاد حيث يرى ان الشخص الاعتبارى مجرد افتراض أو حيلة قانونية تحقيقا لغرض يسعى اليه •

وبين هذا الاتجاه وذلك من اتخذ له موقفا وسطا ، فرأى ان الشخصية المعنوية ليست حقيقة كالشخصية الطبيعية ، ولكنها حقيقة اجتماعية باعتبار المصالح الجماعية •

وغير هؤلاء وأولئك من يرى فى الشخصية الاعتبارية مجرد التعبير عن مجموعة أموال

---

(١) يراجع فى ذلك : النظرية العامة للحق للدكتور شمس الوكيل ١٩٥٢ ص ٧١ وما بعدها. اصول القانون للدكتور حسن كيره بند ٣٥ وما بعدها . محاضرات فى النظرية العامة للحق للدكتور اسماعيل غانم ١٩٦٦ ص ٢٢٩ وما بعدها .

يلاحظ اننا لا ندرس هذا الموضوع وانما هى اشارة عنه تمهيدا لعرض الفكرة فى نطاق الفقه الاسلامى •

مملوكة على سبيل الاشتراك ، ولما كانت هذه الملكية ملكية جماعية فيكون لها من الاحكام ما يختلف عن الأحكام الخاصة بالملكية الفردية .

وهذا الرأى الأخير يضيق بالفكرة حيث يقصرها على مجموعات الأموال التى تملكها جماعة من الناس بالاشتراك فيما بينهم ، دون كثير من الأحوال التى يعترف فيها بالشخصية المعنوية دون ان توجد ملكية مشتركة للأموال كالجمعيات الخيرية والمؤسسات ذات النشاط غير المالى . ولعل أوفق الآراء هو ذلك الرأى الوسط القائل بأن الشخصية المعنوية حقيقة اجتماعية . حيث يرد النظرية الى الضرورات التى اقتضتها ، هذه الضرورات الاجتماعية هى التى حسمت الأمر فى نطاق التشريع فاستجاب المشرع وافسح للشخص المعنوى مكانا ملائما، وحدد له الشخصية القانونية بما يتسق ونفس هذه الضرورات والاعتبارات العملية .

وقد جاء نص المادة ٥٢ مدنى مقررا القاعدة العامة فى الشخصية المعنوية بعد تطور تشريعى بدأ بنصوص غير صريحة تناثرت بين نصوص قانون المرافعات الوطنى والمختلط ، والقانون التجارى وبعض القوانين الخاصة . مثال ذلك : —

١ — نص المادة ٨/١٠ مرافعات وطنى ومختلط وقضى كلمنهما بتسليمصور الاعلانات المراد اعلانها الى الشركات ، الى الشريك المدير أو رئيس مجلس الادارة أو من ينوب عنهم ، فى مركز لشركة . فان لم يكن لها مركز سلمت الى أحد الشركاء المتضامنين . ويستفاد من هذا الحكم الاعتراف الضمنى بالشخصية المعنوية للشركة التجارية والا كان من الواجب ان توجه صورة من الاعلان الى كل شريك وفى موطنه الخاص .

٢ — ما قضت به المادة ٤١/٤٧ تجارى وطنى ومختلط من أسباغ الجنسية المصرية على شركات المساهمة التى تؤسس فى القطر المصرى . ولما كانت الجنسية لا يتصور ثبوتها الا فى حق الاشخاص فلا يمكن ادراك هذا الحكم الا على أساس ان للشركة المساهمة التجارية شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء.

ثم يستمر التطور فيأتى أول نص يقرر فى صراحة الشخصية المعنوية ، ولم يكن ذلك النص عاما يشمل جميع الحالات ، وانما كان بخصوص جمعيات التعاون الزراعية التى تؤسس طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٣ وبذلك تقررت الشخصية المعنوية صراحة للمرة الاولى فى نطاق القانون الخاص .

وفى عام ١٩٤٥ صدر القانون رقم ٤٩ الخاص بالجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية واعتبرها اشخاصا اعتبارية .

وظل الوضع كذلك حتى صدور التقنين المدنى الجديد الذى جاء مقررا قاعدة عامة فى الشخصية المعنوية فىمادتيه ٥٢ و ٥٣ .

وجاءت المادة ٥٠٦ مدنى مؤكدة ماجاء فى المادة ٥٢ مدنى ، مبينة وجود هذا الشخص المعنوى للشركة بمجرد تكوينها ، وان لم يكن للشركاء ان يحتجوا بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر لتى يقررها القانون .

ويقرر القانون التجارى اجراءات للشهر خاصة بالشركات التجارية ، اما بالنسبة للشركات المدنية فلم يتقرر بعد أى اجراء للنشر حيث لم يصدر قانون بذلك .على انه غالبا ما تتخذ الشركات المدنية أشكال الشركات التجارية وحينئذ يجب عليها اتباع اجراءات الشهر وفقا لما قضى به القانون التجارى .

٥١ – النتائج المترتبة على اعتبار الشركة شخصيا معنويا :

لما كانت الشركة باعتبارها شخصا معنويا تتمتع بجميع حقوق الشخص القانونى الا ما كان منها ملازما للشخص الطبيعى فان ذلك يترتب عليه النتائج الآتية :

أولا – للشركة ذمة مالية مستقلة :

تنشأ للشركة بمجرد تكوينها وكنتيجة لاعتبارها شخصا قانونيا ذمة مالية مستقلة – بعناصرها الايجابية والسلبية – عن ذمم الشركاء فرأس المال الذى يقدمه الشركاء تنتقل ملكيته الى الشركة مكونة أول العناصر الايجابية ، ولا يكون للشركاء الا مجرد حقوق قبل الشركة تتمثل فى الحق فى اقتسام الموجودات بعد التصفية كل فى حدود حصته فى رأس المال • هذه الحقوق تعتبر من ناحية أخرى دينا فى ذمة الشركة ولهذا الاعتباركانت حقوق الشركاء قبل الشركة حقوقا منقولة ، ولو كان الشريك قد قدم حصته فى رأس المال عقارا •

ولعل هذه النتيجة هى أهم النتائج المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة ، حيث تستقل أموال الشركة عن أموال الشركاء ، وفى ذلك ضمان كبير لدائنى الشركة اذ يستقلون دون دائنى الشركاء فى التنفيذ عليها ، وهذا الاستقلال يعتبر من ناحية أخرى تقوية لائتمان الشركة •

ثانيا – تتمتع الشركة بأهلية الوجوب والاداء:

وذلك فى حدود الأغراض التى أنشئت من أجلها ، فلها أن تكتسب الحقوق وان تتحمل بالالتزامات وان تتصرف فى أموالها • ولعل الشخص الاعتبارى فى هذا الشأن يتميز عن الشخص الطبيعى الذى لا تكون له الا أهلية أداء ناقصة قبل ان يبلغ سن الرشد •

ويقوم عن الشركة فى اكتسابها الحقوق والتصرف والتحمل بالاعباء أشخاص طبيعيون يمثلونها ، حيث يستعصى عليها بذاتها القيام بذلك •

وتسأل الشركة قبل الغير عن الاضرار التى تلحق به من جراء تصرفات ممثليها وتابعيها على ان هذه المسئولية ينحصر نطاقها فى المسئولية المدنية ، اما المسئولية الجنائية فلا يصيب الشركة منها الا ما كان فى صورة الغرامات المالية دون العقوبات البدنيةفيتعرض لها الممثل أو التابع مرتكب الخطأ ، حيث لا يتصور ان يكون الفاعل شخصا معنويا •

ثالثا – أسم الشركة وعنوانها :

يطلق على الشركة اسم أو عنوان تختص به ويكو نعلما عليها فهى كائن جديد يدخلنطاق التعامل ، وما دام لهذا الكائن كيانه المستقل وشخصيته المنفصلة عن شخصيات الشركاء ، فلابد له من تسمية يعرف بها ، وتميزه عن غيره من ناحية ، وتبرز استقلاله الذى يتمتع به من ناحية أخرى •

ويختلف الاسم بحسب الشركة وفقا لنوعها من حيث الأشخاص والأموال • فاذا كانت الشركة من شركات الأموال سميت باسم يستمد من غرضها الذى تكونت من أجله • واذا كانت من شركات الأشخاص كان اسمها عنوانا يذكر فيه اسم شريك أو أكثر من الشركاء المتضامنين ، مضافا اليه لفظ « وشركاه » ايضاحا وتوكيدا للانفصال القائم بين ذمة الشركة وذمم الشركاء ، على أنه يجب ان يكون

عنوان الشركة معبرا عن حقيقتها ، بمعنى انه يمتنع ان يتضمن العنوان اسما لشخص غير شريك فيها • وذلك حماية للمتعاملين معهـــا، حيث يؤثر على مدى اقبالهم على التعامل القدر من الثقة الذى يتمتع به الاشخاص الذين يتضمن عنوان الشركة أسماءهم •

والشخص غير الشريك الذى يرتضى ان يستغل اسمه على هذا النحو يتعرض للمسئولية التضامنية والمطلقة عن ديون الشركة •

رابعا ـ للشركة موطن مستقل :

هو المقـــر الذى تتخذه مركـــزا رئيسيا لادارتها • فاذا كانت الشركة أجنبية الاصل وأقامت لها فرعا باراضى الجمهورية العربية المتحدة كان موطن مركزها الرئيسى (م ٥٣/ ف ٢ مدنى) •

وقد روعى فى ذلك وضع من يتعامل مع فروع الشركات الاجنبيـــة ، حتى تتقـــرر له حماية القضاء المصرى وتطبيق القانون المصرى على موضوع النزاع • كذلك أخذ المشرع فى اعتباره التيسير على جمهور المتعـاملين مع الفروع التى تنشئهـــا الشركات المصريــة فى انحاء متفرقة بعيدة عن مركز ادارتها الرئيسى• فاعتبر كل فرع من هذه الفروع موطنا للشركة فى خصوص ما يتعلق بالنشاط الذى يزاوله • وعلى هذا تقام الدعاوى المتصلة بهذا النشاط على الشركة أمام المحاكم التى يقع فى دائرة اختصاصها مقار هذه الفروع • (م ٥٨/ف ٢ مرافعات) •

خامسا ـ للشركة جنسية تتمتع بها :

والمعيار فى تحديد هذه الجنسية هو مكان مركز الادارة ، فعلى ذلك فمكان مركز الادارة يحدد موطن الشركة وجنسيتها أيضا وبالتالى النظام القانونى الذى تخضع له ؛ وهذا مـــا استقر عليه الوضع فى مصر •

ولقد أثار موضوع جنسية الشركة الخلاف حوله ، من حيث ان الجنسية رابطة ولاء بين شخص ما وبلد معين • وهى بهـذا الوصف عنصر عاطفى وجوده غير متصـور لدى غير الاشخاص الطبيعيين • ولذلك لا يمكن ان يوجد لدى الشخص المعنوى كما لا يستطاع اكتسابه• وهذا الاعتراض لا نسلم به على اطلاقه حيث ان رابطة الولاء ـ بالرغم من اعتبارها عنصرا عاطفيا ـ يمكن تصور وجودها بطـريق غير مباشر ، بالنظر الى ان الاشخاص القائمين على أمر الشركة لابد وان يوجهوا المصـالح التى تسعى الشركة لتحقيقها لصالح بلد معين،[1] يرتبطون به برابطة الولاء • هـو فى الغالب البلد الذى ينتمون اليه بجنسـياتهم • ومن هنا كان لجنسية القـائمين على ادارة الشركة أثره فى فترات الحروب ، اذ قد تضـفى على الشركة ذاتها صفة الاعداء تبعا لموقف البلد الذى يتمتعون بجنسيته •

هذا هو موقف القانون الوضعى من اعتبـار الشركة شخصا معنويا يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات وسنبحث فيما يلى موقف الفقه الاسلامى فى هذا الشأن لنتبين مدى أخـذه بنظرية الشخصية المعنـوية بصفة عامـة وفى نطاق الشركات بصفة خاصة •

المبحث الثانى

الشخصية المعنوية فى نطاق الفقـه الاسلامى

٥٢ ـ أبتلى الفقه الاسلامى بعصور التقليد، ولم يكن فقهـاؤه المجتهـدون قد اعتبـروا

---

(١) البارودى جـ ١ بند ١٤٢ •

الشركات أشخاصا معنوية كما فعل القانون •
فكيف كان ذلك ؟ وهم الذين واجهوا الحوادث فلم يتركوا جديدا الا وضعوا له الأحكام الشرعية المناسبة مستلهمين فى ذلك مصادر هذا الفقه ، وهى المول الذى لا تشح يده ، متتبعين فى اجتهادهم طريقة القرآن والسنه فى ايراد الأحكام لكل مناسبة أو حادثة •

اذا كان الأمر كذلك فلماذا وقفت المذاهب هذا الموقف من اعتبار الشركات أشخاصا معنوية ، وما هو موقف الفقه الاسلامى من فكرة الشخصية المعنوية ذاتها ؟

٥٣ — من الثابت أن فكرة الشخصية المعنوية لم تلح فى افق القانون الوضعى الا عندما ظهرت الشركات الكبيرة ذات الاعضاء الكثيرين والاموال الوفيرة ، تنفيذا لمشروعات ضخمة، ينوء بها الفرد أو الافراد القلائل جهدا ومالا وزمنا ، فالاعمار محدودة ، والجهد الفردى قاصر ، حتى اذا كثر مال فقد يتردد الفرد فى الاقدام على مشروع قد يودى بثروته كلها لذلك كان لابد لظاهرة التجمع — سواء من حيث الجهد أو المال — أن تتخذ مكانها فى المجتمع لمواجهة المشروعات الضخمة ، والأهداف البعيدة التى تمتد فى الزمان تؤدى الخدمات للمجتمع • وكان لزاما على القانون ألا يتخلف عن مسايرة حاجات المجتمع ، ومن هنا ظهرت فى أفقه فكرة الشخصية المعنوية • اذا كان الامر كذلك فيثور التساؤل ، هل عرضت للفقه لاسلامى هذه الظروف ، وهل وجدت اباه عصور الاجتهاد تلك التجمعات الضخمة ؟

المطلب الأول

ما واجه الفقه الاسلامى من ظروف

٥٤ — الواضح من أقوال الفقهاء ان ظاهرة التجمع الضخم لم تواجههم ، الى أن قضى على هذا الفقه بالتوقف عن الاجتهاد بحجة عدم وجود من يصلح له ، فلم يواصل هذا الفقه — لهذا السبب — مسايرته للجديد من الاحداث• فخسرت المجتمعات بذلك الكثير مما كان يمكن أن يؤديه هذا الفقه طوال تلك الفترة التى عطلت فيها مسيرته •

سبق القول ان ظاهرة التجمع الكبير لم تعرض لفقهاء المذاهب الاسلامية ، بدليل ان كلامهم عن الشركات لا يتضمن الا ما يفصح عن ان الشركة لم تكن تنعقد الا بين الاثنين أو الثلاثة من الاشخاص ، وشركة هذا شأنها لا يمكن أن تواجه ما يتطلب بحث فكرة الشخصية المعنوية بالنسبة لها ، اذ أن هذه الشركة تقوم على أساس عمل واحد أو عدة أعمال تجارية محدودة، فلم تكن هناك الشركات الكبيرة ذات المشاريع الخطيرة كى تثور فكرة انفصالها عن أفرادها • وان من أصحاب نظرية الشخصية المعنوية الحديثين من رأى عدم اعتبار شركات الاشخاص أشخاصا معنوية •

كما أن البعض يرى فى شغل ذمم الشركاء المتضامنين بديون الشركة ووقوفهم الى جانب ذمة الشركة لتكوين الضمان العام لدائنها ، ان الشخصية المعنوية لشركات الاشخاص شخصية ناقصة (٢)

ولو ان ظاهرة التجمع الواسع لاحت لامتلأت كتب الفقه بالاحكام المناسبة ، بل انى اعتقد انه لم يكن لهذه الظاهرة أية بادرة ، والا لوجدت الاراء حولها ، ذلك ان هذا الفقه كان قد تعدى الواقع الى ما قد يقع •

---

(١) يراجع محمد صالح ج ١ ص ١٨٥ والهامش ١ •
(٢) مصطفى طه ص ٢٤٦ •

ولعل ما يؤيدذلك ان الفقه الاسلامى قدرتب لغير الشركات احكاما لا تترتب الا على أساس من فكرة الشخصية المعنويةوالذمة المستقلةدون أن يكون هناك تجمع ، وذلك مثل ما رتبه من أحكام للوقف والمسجد وبيت المال ، حين دعت الحاجة الى تلك الاحكام • بل ان من الفقهاء من قال عنها (الوقف والمسجد وبيت المال) هى كالحر • وهذا عين ما قال به اصحاب نظرية الحقيقة فى الشخصية المعنوية فى القرن التاسع عشر الميلادى • ولعله يكون من الأوفق أن ننقل أمثلة من أقوال علماء المذاهب فى هذا الخصوص استيضاحا للمدى الذى وصل اليه الفقه الاسلامى •

٥٥ ـ فمن أمثلة أقوال **الحنفية** :

ما جاء فى درر الحكام « الولاية فى أمر الوقف للواقف وان لم يشترطها لانه احق من الاجنبى ، ويعزل لو خان كالوصى رعاية لمصلحة الوقف وان شرط الواقف ان لا يعزل ، لانه شرط مخالف لمقتضى الشرع »[(١)] •

بين هذا النص وضع الواقف باعتباره الشخص الذى ابتغى هدفا معينا من وقف ماله فيكون اعرف الناس بتوجيه الوقف الى غاياته• فيعطيه الاولوية فى الاشراف على مصالح الوقف ثم هو يحدد هذا الوضع بالغرض الذى انشىء الوقف لاجله بحيث لو أهدر المصالح الخاصة بالوقف عزل ، لانه ليس أكثر من ممثل لمصالح الوقف ولذلك شبهه بالوصى •

واذا كان هذا هو وضع الواقف فهو ايضا وضع الشخص الاجنبى الذى يعين ناظرا على الوقف ، اذ انه يحتاج الى من يرعى مصالحه ويحافظ على الاشياء الموقوفة حتى تؤدى الغرض منها على الوجه الاكمل •

وفى فتاوى ابن نجيم : « سئل عن المستأجر اذا بنى فى أرض الوقف باذن الناظر على أن يرجع فى الاجرة ، هل يكون البناءللوقف ويرجع بما انفقه فى العمارة أجاب نعم ، يكون البناء للوقف ويرجع بما انفقه للعمارة •• »[(٢)] •

يوضح هذا النص اكتساب الوقف ملكية ما يبنى فى أرضه ، ويكون لمن قام بالبناء الحق فى الرجوع بما تكلفه على أموال الوقف •

ومن أمثلة أقوال **المالكية** ما يقوله الصاوى: « ولو التزم (الناظر) حين اخذ النظر أن يصرف على الوقف من ماله ان احتاج لم يلزمه ذلك وله الرجوع بما صرف ، وله أن يقترض لمصلحة الوقف من غير اذن الحاكم » وفى موضع آخر يقول : « يستأجر عليها من غلتها •• »[(٣)] •

وهذا النص يوضح أيضا مركز ناظر الوقف وانه ليس الا مجرد ممثل له ، ينفق على مصالحه ويقترض اذا احتاج لذلك ، ويستأجر من يقوم بالعمل فى اعيان الوقف ويكون ريع الوقف ضامنا لكل النفقات سواء كانت من أموال ناظره أو كانت اقتراضا من الغير •

وهكذا يكون الوقف محلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام وذلك لا يكون الا لمن له أهلية الوجوب والاداء •

---

(١) ج ٢ ص ١٤٠

(٢) بهامش الفتاوى الغياثية ص ٨٨ .
(٣) بلغة السالك ج ٢ ص ٢٦٨ ـ ٢٧٠ .

ومن أمثلة أقوال **الشافعية** ما جاء فى أسنى المطالب : « .. وجعل البقعة مسجدا أو مقبرة تحرير لها كتحرير الرقبة ، فى ان كلا منهما انتقل الى الله تعالى كما شمله كلامه السابق وفى انهما **يملكان كالحر** »[1] .

وما جاء فى حاشية أبى العباس الرملى : « اذا فضل من ريع الوقف مال هل للناظر ان يتجر فيه ، أجاب السبكى بجواز ذلك اذا كان لمسجد **لانه كالحر** »[2] .

ويقول النووى : « وشرط الناظر العدالة العمارة والاجارة وتحصيل الغلة وقسمتها »[3] .

يتبين من أقوال الشافعية التشبيه الصريح للوقف والمسجد بالشخص الطبيعى ، ولم تجعل بينهما فروقا فيما يتعلق باكتساب الحقوق وتحمل الاعباء المالية فالنص الاول يتكلم عن جعل قطعة الأرض مسجدا لاقامة العبادات ، أو جعلها مقبرة يدفن فيها الموتى ويعتبر ذلك تحريرا للارض أى اخراجا لها من ملكية صاحبها ، تماما كما يعتق الرقيق ، فعتق الرقيق يجعله شخصا كامل الحرية والاهلية ، فكذلك اخراج المال عن ملكية صاحبه يجعل له أهلية تخوله صلاحية الاخذ والعطاء . اما عن انتقال الارض المحررة الى الله تعالى فيمكن القول ان المقصود بذلك انتقالها لينتفع بها عديد من الناس فتصير كأنها من قبيل أموال المنفعة العامة . كما يمكن ان يقال ان المراد هو ان الله سبحانه وتعالى مسئول عن الثواب عنها .

---

(١) ج ٢ ص ٤٧٠ .
(٢) المرجع السابق هامش ص ٤٧١ .
(٣) منهاج الطالبين ص ٧٤ .

سبق القول ان الرقيق حين يعتق تكمل أهليته وحريته فيتساوى ومن اعتقه امام القانون مساواة مدنية وسياسية . اذا كان الامر كذلك فان الوقف والمسجد فى حدود اغراضهما يكونان كالاشخاص الطبيعيين سواء بسواء .

وقد أورد النص الثالث الشروط الواجب توافرها فيمن يلى نظارة الوقف وكذلك التصرفات التى يخولها لادارة الوقف .

ومن أمثلة أقوال **الحنابلة** ما جاء فى المغنى : « واذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب ، سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره .. » وان قلنا الوقف لا يملك فالأرش[4] فى كسبه **لانه تعذر تعلقه برقبته** لكونها لا تباع ، وبالموقوف عليه لانه لا يملكه فكان فى كسبه **كالحر** يكون فى ماله .. ويحتمل أن يكون فى بيت المال كأرش جناية **الحر المعسر** ... وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب ، لان ماليته لم تبطل ، ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فان الحر يجب أرش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته ، وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفا »[5] .

يتناول هذا النص الناحية الجنائية فى المسئولية التى قد تقع على الوقف وكذلك ما قد يجب له من تعويض نتيجة وقوع الجناية

---

(٤) يقصد به التعويض المستحق عن الضرر وأصل معنى اللفظ النقص . جاء فى المصباح المنير ج ١ ص ١٦ (أرش) الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس وأصله الفساد .. ثم استعمل فى نقصان الاعيان لانه فساد فيها ، ويقال أصله هرش .
(٥) ابن قدامه ج ٥ ص ٥٨٠ .

عليه . ولما كان الوقف لا يمكن تصور وقوع العقوبة البدنية عليه فانه يتحمل بالعقوبة المالية ولذلك كان التعويض الذى يجب للغير واقعا فى ريع الوقف ، وكذلك الحال لو أن الوقف تعرض لاضرار نتيجة لخطأ الغير فانه يتقاضى التعويض فاذا كان الضرر الواقع يهلك أعيان الوقف استعمل التعويض فى شراء اعيان أخرى توقف محل الوقف المجنى عليه . ولم يفت هذا النص تأكيد المعنى الذى وجدناه عند الشافعية من ان الوقف كالحر .

ومن أمثلة أقوال **الشيعة الزيدية** ما جاء فى البحر الزخار : « ... والوقف يقتص منه لعموم الدليل ويتأرش من كسبه .. » وفى موضع آخر يقول : « ولمتولى المسجد أن يشفع له .. » (1) .

يؤكد هذا النص ما يراه أهل السنة بالنسبة للشخصية المعنوية للوقف .

٥٦ — تدل جميع الأقوال السابقة على أن الفقه الاسلامى قد أجاز لكل من الوقف والمسجد أن يكتسب الحقوق وأن يتحمل بالالتزام ، ولقد اكتفينا بهذه الأقوال دون الأقوال الخاصة ببيت المال حيث يدخل فيما يعرف حاليا بفرع القانون العام .

أما الوقف والمسجد فاحكامهما تدخل فيما يسمى الان بقواعد القانون الخاص ، فالوقف ينشئه شخص أو اشخاص معينون وقد ينتفع به أفراد غير معينين ، وفى هذه الحالة الأخيرة يمكن تشبيه الوقف بالمال المخصص للنفع العام .

اما المسجد فانه وان كان من حيث النشأة قد يكون خاصا ، كما اذا اقامه زيد من الناس، الا انه حيث الانتفاع به يمكن تشبيهه بالمال العام أيضا لانتفاع جميع المسلمين به . وعلى هذا فنجد أن الوقف والمسجد يخضعان فعلا فى كثير من المراحل لغير قليل من القواعد التى تدخل فى فرع القانون الخاص ، وهذا بعكس بيت المال الذى لا يعدو ان يكون جهازا من أجهزة الدولة .

وأيا ما كان الأمر فان اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات لا يكون من حيث الاصل الا للاشخاص الطبيعيين فاذا اعترف لغيرهم بذلك فانه يعتبر اضفاء الصفات الشخصية لغيرالشخص الطبيعى ، وهذا هو جوهر نظرية الشخصية المعنوية .

وقد انتضح من الأقوال التى مثلنا بها لموقف الفقه الاسلامى مواجهته لضرورات الحياة ، وان فقهاءه رتبوا الاحكام الملائمة لكل حالة عرضت لهم وظهرت الحاجة لتنظيمها. فالوقف والمسجد وقد خرجا عن ملكية الافراد، كان لابد — رعاية لمصالحهما وابقاء عليهما صالحين لتأدية الغرض الذى اقيما من أجله — انيجاز لهما التمتع بصلاحية محدودةلاكتساب الحقوق والخضوع لاعباء الالتزام وذلك فى حدود الغرض منهما . وهذا ما أقره الفقه الاسلامى ، بل انه — كما رأينا — اخضع الوقف للمسئولية الجنائية والزمه بالتعويض الناتج عنها ، وحدد وظيفة ناظر الوقف ومتولى أمر المسجد ، فهما فى الحالين ليسا الا ممثلين لرعاية مصالح الوقف والمسجد والعمل على حمايتهما .

٥٧ — ماذا يكون الاساس الذى بنيت عليه هذه الاحكام اذا لم يكن نظرية الشخصية المعنوية ، وما يترتب عليها من الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوى ؟

---

(1) جـ ٤ ص ١٥٠ .

الواقع انه لا أساس لهذه الاحكام غير فكرة الشخصية المعنوية ، اذ لا يمكن أن يوجد تفسير لها الا فى رحاب هذه النظرية ، فالفقه الاسلامى قد طبقها فيما عرض له من ضرورات الحياة ولم يجد بدا من مواجهتها بالاحكام الملائمة وان كان الفقهاء لم يصرحوا بهذه النظرية أو بمعنى أدق باسمها الذى عرفت به فى نطاق القانون الوضعى • الا انهم قد طبقوا أحكامها ، فلا عبرة بالمسميات طالما ان الجوهر قد ثبتت جذوره لدى هذا الفقه •

بل انه لا يوهن من ذلك تصريح بعض علماء الحنفية بان الوقف ليس له ذمة مالية ، اذ أن هذا التصريح جاء فى مورد عرض الحقيقة والأصل ، فالوقف من حيث الاصل ليس له ذمة مالية لانه ليس شخصا طبيعيا • ولكن هذا الاصل يجوز الخروج عليه عند الاقتضاء وهو ما يقول به هؤلاء العلماء ، فابن عابدين يقول فى حاشيته على الدر ، ونأخذه دليلا على ما نقول •

« ••• لا تجوز الاستدانة على الوقف الا اذا احتيج اليها لمصلحة الوقف أى ان لم تكن بأمر الواقف ، وهذا بخلاف الوصى فان له ان يشترى لليتيم شيئا بنسيئة ، بلا ضرورة لان الدين لا يثبت ابتداء الا فى الذمة ، واليتيم له ذمة صحيحة وهو معلوم فتتصور مطالبته اما الوقف فلا ذمة له ••• وهذا هو القياس ولكنه اترك عند الضرورة كما ذكره أبو الليث، وهو المختار ••• »[1] •

فهذه العبارة صريحة فى ان الوقف لا ذمة له باعتبار الاصل وهو القياس ولكنهم اثبتوها له استحسانا للضرورة ، والاستحسان اصل من الاصول • فالوقف لا مراء فى انه من حيث الاصل لا ذمة له لانها من خصائص الشخص الطبيعي والوقف ليس بشخص طبيعى ، ولكن هذا الاصل دعت الضرورة الى تركه ، فاعتبر الوقف كالشخص الطبيعى له ذمة مالية ولكنها مقيدة بالمصلحة التى اقتضت الخروج على مقتضى القياس • والا فعلى أى أساس يستدان على الوقف اذا لم تكن له ذمة مالية — بعنصريها الايجابى والسلبى — التى يمكن للدائن أن يرجع بحقه عليها • كما انه لم يقل احد أن الدائن يرجع على الناظر أو الواقف أو حتى على الموقوف عليه ، باعتباره مستفيدا من الوقف ، انما اجمع الكل على أن الرجوع لا يكون الا على الوقف ذاته • وهذا لا يمكن تصوره الا اذا كان للوقف من الصفات ما يجعله أهلا ليتحمل بعبء الالتزام •

واذا كان فقهاء الشافعية والحنابلة قد صرحوا بان الوقف والمسجد كالحر ، فان هذا ما وصل اليه أخيرا أصحاب مذهب الحقيقة فى الشخصية المعنوية ممن قالوا ان الشخص المعنوى عبارة عن حقيقة مماثلة للشخص الطبيعى •

واذا كان المذهب الحنفى فيما يراه من أن الضرورة هى التى اجازت أن يكون لغير الشخص الطبيعى ذمة مالية ، فيكون الفريق الثانى من اصحاب مذهب الحقيقة فى الشخصية المعنوية قد اتفقوا مع ما يراه المذهب الحنفى• اذ انهم يقولون ان الشخص المعنوى يمثل حقيقة اجتماعية ، وهو رأى يعتد بمصالح المجتمع واحتياجاته والضرورات التى اقتضت وجود الشخص المعنوى الى جوار الشخص الطبيعى•

وبذلك لا نكون مغالين اذا قلنا ان أساس نظرية الشخصية المعنوية قد ورد فى أقوال فقهاء المذاهب الاسلامية كما سجلته كتبهم •

---

(١) جـ ٣ ص ٤٣٢ •

فهذه النظرية اذن لا يمكن اعتبارها غريبة على الفقه الاسلامى بل يمكن اعتباره السباق اليها.

المطلب الثانى
موقف الفقـه الاسلامى من اعتبار الشركات اشخاصا معنوية

٥٨ — رأينا أن الفقه الاسلامى قد أخذ بصدد مواجهته لاحتياجات الوقف والمسجد بتطبيق فكرة الشخصية المعنوية • كما تبينا ان أساس هذه الفكرة قد وجد له مجالا بين رحابه. ومع ذلك فان الفقهاء الاسلاميين لم يذهبوا بالنسبة للشركات الى ما ذهبوا اليه بالنسبة للوقف والمسجد • وقد رأينا انه قد يكون سببا لذلك عدم ظهور فكرة التجمع الواسع ، وهى ما يتم عن طريق الشركات فى وقتنا الحاضر • الان الفقه الاسلامى بالرغم من ذلك قد وضع للشركات قواعد اما أن تقرب فى نتائجها من تلك النتائج المترتبة على تطبيق الشخصية المعنوية وتجد لها أساسا آخر، واما انها لا تجد تفسيرا الا بين جنبات فكرة الشخصية المعنوية.

ونتكلم أولا عن القواعد القريبة فى نتائجها من تطبيق فكرة الشخصية المعنوية •

٥٩ — الملكية المشتركة لرأسمال الشركة :

لما كان عقد الشركة يترتب عليه قيام وضع جديد بين الشركاء من اتفاق مصالحهم واجتماعهم على غرض واحد يسعون لتحقيقه، كان لابد من ايجاد وسيلة تيسر بقاء هذا الوضع الجديد وما يترتب عليه من آثار • وكانت هذه الوسيلة جعل ملكية المال المقدم كرأسمال للشركة ملكية جماعية شائعة بين الشركاء ، فبها يعتبر التصرف الذى يتم بجزء من رأس المال تصرفا لحساب رأس المال كله، فيشترك الشركاء جميعا فى نتائج هذا التصرف، ربحا أو خسارة •

لكن كيف تتحقق هذه الملكية المشتركة أو الملكية الجماعية لرأس المال ؟

رأى البعض ان فى مجرد عقد الشركة ما يحقق هذه الملكية دون توقف على أى اجراء آخر ، وهو منطق سليم يتفق مع نية المشاركة التى يقوم عليها عقد الشركة • وهؤلاء هم الحنابلة ، فعندهم ان عقد الشركة يترتب عليه بمجرد انعقاده قيام ملكية جماعية بين الشركاء لرأسمال الشركة ، فأى خسارة تقع فى مال معين مما قدمه الشركاء انما يتحملها رأس المال جميعا ، وكذلك شأن أى ربح يتحقق فيشترك فيه جميع الشركاء ، ولو كان نتيجة لصفقة تمت بجزء من هذا المال قدمه أحدهم • وذلك لتغير حال الملكية بعقد الشركة ، من ملكية فردية لكل شريك لما قدمه من مال ، الى ملكية جماعية لكل ما قدمه كل الشركاء •

ويعبر ابن قدامه عن مذهب الحنابلة فى صراحة بقوله : « •• لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما فى نصف مال صاحبه (والفرض انهما شريكان فقط) فيكون تلفه منهما وزيادته لهما •• ولنا ان الوضيعة والضمان[1] أحد موجبى الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا »[2] •

ويقرب مذهب الحنفية فى هذا الخصوص من مذهب الحنابلة • فالشركة عندهم اذا تمت ترتب عليها شيوع ملكية رأس المال بين الشركاء ، والشركة عندهم لا تتم بمجرد العقد ولكنها تتم ببداية النشاط • فاذا بدأ العمل بما قدم من الاموال تمت الشركة ، وتحققت الملكية الجماعية لرأس المال •

---

(١) الوضيعة : الخسارة . والضمان يقصد به هنا تحمل تبعة المال الهالك .

(٢) المغنى ج ٥ ص ١٧ .

فالفـارق اذن بين الحنابلة وبـين المذهب الحنفى ينحصر فى الوقت الذى يتم فيه تكوين الشركة ، فبينما هو عند المذهب الحنبلى وقت تمام العقد نجده عند الحنفية عند بداية النشاط عقب انعقاد العقد .

لكن هل تترتب الملكية الجماعية عند تمـام الشركة ببدء النشاط بجميع رأس المال أم هل يكفى بدايته بجزء منه فقط ؟

ما جاء فى مبسوط السرخسى يدل على أن الشركة تتم ببداية النشاط ولو كان بالمال المقدم من أحد الشركاء ، لكن الملكية الجماعية لا تتم الا فى هذا الجزء فقط . وهكذا كلما تم تصرف بجزء من المال تتم فيه هذه الملكية ، فاذا هلك مال أحد الشركاء قبل التصرف فيه ، تحمل هذا الشريك وحده تبعة هلاكه لأنه بقى على ملكه بالرغم من التصرف فى الاموال التى قدمهـا غيره . أما التصرف الذى تم فتعود نتائجه على الجميع ولو انه كان بمال أحدهم ، وذلكلتحقق الملكية الجماعية فى خصوصه . وننقل فيما يلى نص قول السرخسى فى ذلك :

« ... فان اشتريا متاعا على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير (والفرض ان شريكا قدم الدراهم والاخر قدم دنانيرا) فانها تهلك من مال صاحبها خاصة لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم ، والمشترى بالدراهم بينهما على قدر رؤوس اموالهما ... »[1] .

على أن هذا الرأى ليس هو الوحيـد فى المذهب الحنفى اذ يقول الكاسانى ما هو عكسه، فيعتبر ما يهلك من المال بعد الشراء بمال أحد الشركاء تقع تبعته فى رأس المال كله اذ ان الشركة تمت بهذا الشراء وهو رأى يقف المنطق

(١) ج ١١ ص ١٦٤ .

الى جانبه ويتفق ومقتضيات الشركة ، اذ انه لا مسوغ لهذه التفرقة بين مال قدم للشركة فهلك ، ومال قدم لها فتم التصرف به طالمـا ان جميـع المال قد قـدم للشركة وكان من المستطاع التصرف فيه جميعه ، دون أى حائل من قبل أى من الشركاء . وهذا نص قـول الكاسانى « الشركة لا تتم الا بالشراء ، فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبـر ، حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعالانه هلك بعدتمام العقد »[2] .

ولكن هل تظل الملكية الفردية قائمة بعـد العقد وقبل الشراء فى جميع الاحوال ؟ ، فاذا كانت شركة العقد لا تتم الا بالتصرف ، فما لم يحدث هذا التصرف فلا أثر للعقد . الا انه قد تتحقق شركة فى رأس المال ولو لم يبدأ النشاط وذلك اذا تحققت شركة الملك ، أى الملك الشائع فى الاموال المقدمة من الشركاء . فاذا تحققت هذه الشركة ، تحققت بها الملكية الجماعية وكان ما يهلك من المال واقعا فى جميع رأس المال . وتتحقق هذه الشركة باجراء يتخذه الشركاء ، وهو خلط الاموال المقدمة منهم ، وفى ذلك يقول السرخسى فى المبسوط : « واذا جاء كل واحد منهما بألف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ما هلك منهـا هالكا منهمـا وما بقى فهـو بينهما »[3] .

وقد سبق ان تكلمنا عن المقصود بخلـط الأموال[4] . وهو عند الشافعية وزفر من الحنفية وأهل الظاهر والشيعة الزيدية والامامية شرط لصحة الشركة فاذا لم يتم امتزاج الاموال بحيث ينتفى التمايز بينها ، فقـدت الشركة شرطا من شروط صحتها .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٦٠ .
(٣) ج ١١ ص ١٦٤ .
(٤) راجع ص ١٣ .

٦٠ — ونتكلم هنا عن الخلط باعتباره محققا الملكية المشتركة لرأس مال الشركة ، فمزج المال المقدم من جميع الشركاء — ويفترض أن يكون المال من جنس واحد حتى لا يبقى بعضه متميزا عن البعض الاخر — يترتب عليه اشاعة ملك جميع الشركاء فيما اسهم به كل منهم فى رأس مال الشركة ، وهذا هو معنى الملكية الجماعية.

ومما يدل على أن الخلط وسيلة لتحقيق الملكية الجماعية ، ان الشخصين اذا كانا يملكان سويا على وجه الشيوع مالا صحت الشركة (شركة العقد) اذا عقدت عليه ، وذلك لأن الملكية ثابتة لهما من قبل . فاذا لم تكن لهما ملكية شائعة استعمل الخلط كوسيلة لتحقيق هذه الملكية .

وفى ذلك يقول الرملى من الشافعية : « ... المذكور من اشتراط خلطهما ان اخرجا مالين وعقدا فان ملكا مشتركا بينهما على وجه الشيوع وهو مثلى .. واذن كل منهما للاخر فى التجارة فيه أو اذن احدهما فقط .. تمت الشركة **لحصول المعنى المقصود بالخلط**»(١) .

والجملة الاخيرة فى هذا النص تفصح بوضوح ان المقصود من خلط الاموال هو تحقيق الملكية المشتركة لرأس المال ، ولذلك لم يشترط فيما تحققت فيه الملكية المشتركة ابتداء وفى نفس هذا المعنى تتوالى اقوال فقهاء المذاهب :

فابن حزم الظاهرى يقول : «انما اذا خلطا المالين فقد صارت تلك الجملة مشاعة بينهما .. واما اذا لم يخلطا المالين فمن الباطل ان يكون لزيد ما ابتيع بمال عمرو .. » (٢) .

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٦ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ١٢٤ .

ويقول المرتضى من الزيدية : « لا شركة مع التمايز .. » (٣) .

ويورد العاملى من الامامية تعريف الشركه فيقول انها : « اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشياع » (٤) .

ووسيلة شيوع الحق فى المال تكون اما بالخلط حتى لا يبقى تمايز بين اجزاء المال ، واما بوجود الملك المشترك للمال المقدم للشركة قبل انعقاد عقدها — بأى وسيلة من وسائل كسب الملكية — فتتحول شركة الملك الى شركة عقد وهى التى تنعقد بقصد استثمار المال فى تنفيذ المشاريع التجارية سعيا وراء الربح .

اما المالكية فأرى ان مذهبهم فى وسيلة تحقيق الملكية المشتركة لرأس مال الشركة يتخذ موقفا وسطا بين مذهب الحنابلة من ناحية ، والمذاهب التى اشترطت الخلط من ناحية ثانية . اذ انهم يكتفون بالخلط الحكمى، فلا يستلزمون وقوع خلط حسى حقيقى للمال كما يعتبرون عقد الشركة وحده محققا للملكية الجماعية فى أحوال معينة . فهم يرون فى اشاعة يد الشركاء فى جميع المال ما يكفى لتحقق الملكية الجماعية ، وهذا دليل على الأخذ بالخلط الحكمى والاكتفاء به عن الخلط الحقيقى . فقد روى عن الامام مالك انه قال : « .. فلو كانا صرا كل ألف فى خرقة على حدة ثم جمعاهما عند شريكين أو جعلاهما فى خرج احدهما فضاعت من احدهما كانت المصيبة منهما جميعا وان كان كل واحد فى خريطتها لم يخلطاها»(٥).

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٩١ .
(٤) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٣٨٨ ، الشياع: الشيوع .
(٥) المدونة ج ١٢ ص ٦٦ .

فهذا النص لا يتطلب مزج المال بل يكفى جمعه فى مكان واحد ولو بقى ما قدمه كل شريك متميزا ومنفصلا عما قدمه الاخرون ما دام فى استطاعة كل شريك التصرف فى المال جميعه. ثم نرى المالكية فى فرض آخر يرتبون الملكية المشتركة على عقد الشركة ، وذلك اذا عقدت على العروض • فقد روى أيضا عن الامام مالك حين سئل عن كيفية انعقاد هذه الشركة وتحقيق الملكية المشتركة فيها قوله : « •• اذا قوما ما فى ايديهما وكان قيمة ما فى ايديهما سواء وأشهدا على انهما اشتركا بالنصف •• فقد باعه نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه وان لم يذكر البيع •• » [1] •

اذن فعقد الشركة يرتب الملكية المشتركة وكأن الشركاء — بمقتضى عقد الشركة — قد عقدوا عقد بيع فيما بينهم على الاموال المقدمة منهم •

٦١ — وهكذا نجد ان المذاهب التى لم تر فى عقد الشركة وحده وسيلة لترتيب الملكية المشتركة للشركاء فى رأس مال الشركة ، اتخذت من خلط الاموال وسيلة لتحقيق هذه الملكية • واكتفى المالكية بالخلط الحكمى عن الخلط الحقيقى للوصول الى نفس النتيجة •

هذه النتيجة — الملكية الجماعية لرأس مال الشركة — هى ذات الفكرة التى حاول بها البعض من فقهاء القانون تبرير فكرة الشخصية المعنوية دفعا لكل من نظرية الافتراض ونظرية الحقيقة • فليست الشخصية المعنوية عندهم سوى مجموعة أموال مملوكة بالاشتراك لجماعة من الناس ، ولها بناء على ذلك أحكام تختص بها وتختلف عن الاحكام الخاصة بالملكية الفردية ، كما تأخذ استفادة الملاك بهذه الاموال شكلا خاصا •

واذا كان خلط الاموال كما يراه بعض فقهاء الفقه الاسلامى ، يؤدى هذا الدور فى تحقيق معنى الشركة ، فلعل فى هذا الدور نجد المبرر لاشتراط خلط الاموال كشرط صحة لعقد الشركة عند هؤلاء الفقهاء •

ومع ذلك فان مذهب الحنابلة ، وهم الذين يرتبون الملكية الجماعية على عقد الشركة دون أى اجراء آخر ، هو المذهب الاقرب الى المنطق القانونى السليم والى روح الشريعة الاسلامية التى تتسم بالبساطة والابتعاد عن الشكليات•

وهذه الملكية الجماعية هى التى كان القانون يرتبها للشركات قبل اعتبارها اشخاصا معنوية، وان كان القضاء قد اعتبر الشركات التجارية اشخاصا معنوية رغم عدم النص الصريح فى القانون ، كما قرر نفس الوضع — ولكن بعد تردد — بالنسبة للشركات المدنية • ولم يبق من أنواع الشركات فى نطاق القانون ، غير شركات المحاصة دون اعتبارها اشخاصا معنوية ، وعلى ذلك يظل كل شريك مالكا لحصته فى رأس المال ما لم يتفق الشركاء على نقل ملكية رأس المال الى احدهم • ويترتب على ذلك امكان التزاحم بين دائنى الشركاء ودائنى الشركة اذ ان الضمان العام لهم ليس سوى ذمم الشركاء المتعاقدين معهم •

على أن الملكية الجماعية لرأس مال الشركة وان رتبها الفقه الاسلامى على عقد الشركة أو على خلط اموالها ، ليست فى الواقع غاية الفقه التى انتهى اليها فى هذا الخصوص بل انها ليست سوى خطوة أولى تمهد لتقرير الشخصية المعنوية للشركات باعتبارها كيانات أوجدها

---

(١) المرجع السابق ص ٥٥ .

العمل ، واستلزمتها ضرورات الحياة العملية. وهذا القول نستند فيه الى بعض القواعد التى تحكم الشركات ولا تفى فكرة الملكية الجماعية لتبريرها مما وجه النظر الى فكرة الشخصية المعنوية .

٦٢ ــ اطلاق لفظ الشركة :

ان عقد الشركة ينتج عنه تكوين لمجموعة من الناس والاموال ، هذا التكوين يطلق عليه لفظ الشركة ، وان اطلاق اللفظ على العقد هو من قبيل اطلاق اسم المسبب على سببه[١] . فاسم الشركة هو أصلا اسم للتكوين الجديد الذى ينشأ عن العقد ، هذا التكوين يعرف أحيانا بانه « اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف »[٢] .

واذا كان الاجتماع فى الاستحقاق يفسر بفكرة الملكية الجماعية ، فان الاجتماع فى التصرف لا تفى بتفسيره هذه الفكرة انما هو يدل على صورة أخرى غير الملكية الجماعية وان كان يترتب عليها ــ الملكية الجماعية ــ نوع من الحق فى التصرف . ونجد هذه الصورة بشكل واضح فى شركة الابدان اذ لا مال اصلا يقدم فيها ، فهى متمحضة فى التصرف فقط ، فالتكوين الجديد الذى ينتج عن عقد شركة الابدان هو تكوين لا ملكية جماعية فيه لرأس المال وانما هو حق خالص فى الاشتراك فى التصرف .. اذن فالتكوين له صورة أخرى غير الملكية الجماعية ، وهذا مالا يوجد تفسير له فى غير فكرة الشخصية المعنوية .

ونتكلم الآن فى القواعد التى تحكم الشركات ولا يوجد لها تفسير الا بفكرة الشخصية المعنوية .

٦٣ ــ قاعدة جواز شراء الشريك من مال الشركة :

بعد تقديم الشركاء اموالهم للشركة ، وبدء العمل تنفيذا لاغراضها ، قد يعن لاحد الشركاء أن يحصل على بعض سلع من تجارة الشركة فهل يجوز له ان يشترى هذه السلع ؟

لم يتصور البعض ذلك لانه يكون كمن يشترى بعض ماله ببعضه ، فالسلعة المبيعة تعتبر فى الحقيقة من أمواله ، وثمنها هو من أمواله كذلك . ولكن المالكية اجازوا ذلك وهذه الاجازة تعتبر نتيجة طبيعية لاختلاف ذمة الشريك عن ذمة الشركة واستقلال كل منهما . فقد جاء فى المدونة « ان مالكا يجيز شراء أحد الشريكين السلعة فيشتريها من شريكه وهى من تجارتهما »[٣] .

وقد اتفق كل من الحنفية والاوزاعى وأحمد ابن حنبل فى احدى روايتين عنه[٤] مع المالكية فى خصوص شركة المضاربة .

فيقول الكاسانى من الحنفية بصدد هذه القاعدة : « ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن فى المضاربة ربح فى قول اصحابنا الثلاثة ، وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما فى مال المضاربة . وجه قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله اذ المال جميعا لرب المال وهذا لايجوز كالوكيل مع الموكل . ولنا ان لرب المال فى مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه فى حق التصرف كملك الاجنبى، وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان فى حق ملك الرقبة كملك الاجنبى حتى لا يملك رب

---

(١) راجع ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٣ .
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٢ .
(٣) ج ١٢ ص ٨٢ .
(٤) راجع المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٥١ .

المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة فى حق كل واحد منهما كمال الاجنبى لذلك جاز الشراء بينهما » [1] .

وفى المنتقى من كتب المالكية : « ولا بأس بان يشترى رب المال ممن قارضه بعض ما يشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط » . ويوضح الباجى ذلك بقوله : « اذا كان ذلك على وجه الصحة ما لم يكن على وجه الهدية لابقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك الى أخذ شىء من الربح قبل المقاسمة » [2] . والمقصود من هذا الشرط عند المالكية أن يكون الشراء حقيقياوليس صوريا يخفى وراءه غرضا آخر لأحد الشريكين وهذا ما صرح عنه الباجى فى قوله السابق ان يكون الشراء يخفى هدية يرمى صاحب حصة العمل من ورائها ابقاء مال الشركة وبالتالى الشركة ذاتها مدة أخرى أو كان هذا الشراء يخفى توزيعا للربح فى غير الوقت المحدد للتوزيع ، وهو نوع من المحاباة. اما اذا تم الشراء حقيقيا فهو جائز من كل من صاحب حصص رأس المال وكذلك من صاحب حصة العمل .

واذا كان الحنفية يقيمون هذه القاعدة على اساس اعتبار رب المال أجنبيا بالنسبة للتصرف، وصاحب حصة العمل أجنبيا بالنسبة لملكية رقبة المال . الا أن ذلك لا يغير من حقيقة قائمة توارت عن الانظار نتيجة لعقد الشركة ، هذه الحقيقة هى ان المال ملك لارباب المال وان الشراء الذى يقع من أحدهم على مال من مال الشركة هو فى الحقيقة شراء لماله بماله .

مما يؤكد ان التفسير السليم لهذه القاعدة انما يكمن فى فكرة الذمة المالية المستقلة للشركة، ولعل هذا نجده فى النتيجة التى خلص اليها الكاسانى فى قوله : « فكان مال المضاربة فى حق كل واحد منهما كمال الاجنبى » . فمن هو هذا الاجنبى ؟ الواقع أن عقد الشركة قد غير من وضع هذا المال . وهو ما نجده عند المالكية حتى انهم اجازوا فى شركات الاموال شراء الشريك من تجارة الشركة ، بما يؤكد أنه يجب أن تكون فكرةالذمة المالية المستقلةللشركة هى الاساس الحقيقى لهذه القاعدة .

ولعل الوضع فى شركة المضاربة يكون اظهر واوضح اذا انعقدت من شريك واحد يقدم رأس المال وشريك اخر يقدم العمل ، فهنا لا مجال اطلاقا للملكية الجماعية لرأسمال الشركة حيث أن مالك رأس المال شخص واحد ولا يمكن ترتيب مشاركة فيه لصاحب حصة العمل . وبالتالى فلن يكون تفسير هذه القاعدة فى غير فكرة الذمة المالية المستقلة حيث تقصر فكرة الملكية الجماعية عن تقديم التفسير. ولما كانت الذمة المالية المستقلة لا تثبت الا للاشخاص فلا يسعنا الا القول بأن هناك شخصا هو شخص معنوى نشأ عن عقد الشركة وهو بذلك اجنبى عن كل من صاحب حصة رأس المال وصاحب حصة العمل .

٦٤ ــ قاعدة ملكية نصيب صاحب حصة العمل فى الربح فى الفترة بين ظهوره وقسمته.

فى خلال حياة الشركة وهى تقوم بنشاطها قد تحقق ارباحا ، هذه الارباح لا توزع فور تحققها انما يتم ذلك وفق ما ينتهى اليه اتفاق الشركاء ، كأن يكون هذا التوزيع على فترات زمنية محددة ، كما هو الوضع فى القانون الوضعى ، وقد يكون بعد كل عملية أو صفقة،

---

(١) البدائع ج ٦ ص ١٠١ .
(٢) ج ٥ ص ١٥٢ .
وقد اكتفيت فى هذا الشأن بهذين النصين من البدائع والمدونة نظرا لما فيهما من التبرير ، ومن شروط صحة الشراء .

فيتم الحساب ويوزع الربح بعد سلامة رأس المال . لكن هذا الربح الذى قد يتحقق هل يمتلكه الشريك بمجرد تحققه أم لا يمتلكه الا بالتوزيع ؟

اختلف الفقهاء حول ذلك فمنهم من قال بأنه يملكه بمجرد تحققه ، ومنهم من يرى انه لا يملكه الا عند التوزيع ويكو نله عليه حق مؤكد .

فالرأى الأول يقول به المذهب الحنفى وظاهر المذهب الحنبلى وقول للشافعى . والرأى الثانى هو مذهب مالك والقول الثانى عند الشافعية ، والرواية الثانية فى المذهب الحنبلى . فعند الحنفية يتضح تملك صاحب حصة العمل الربح بظهوره من عدة أحكام منها ما جاء فى البدائع مثل : « ... وان كان فى المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان فى المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح ... »[1] .

وعند الشافعية : « والأظهر أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور للربح .. والثانى يملك بالظهور قياسا على المساقاة .. »[2] .

والمذهب الحنبلى يوضحه قول ابن قدامه : « واما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب انه يثبت ، هذا الذى ذكره القاضى مذهبا وبه قال أبوحنيفة وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك »[3] .

(1) ج ٦ ص ٩٧ .
(2) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٣ .
(3) ج ٥ ص ٥١ ، والمقصود بالعامل هو الشريك الذى يقدم حصة العمل .

وللمالكية ما جاء فى المنتقى « وهو (صاحب حصة العمل) وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة .. وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يملك بالظهور وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضى ذلك »[4] .

ويشير ابن قدامة الى هذه الاراء جميعا ثم يقول : « .. واحتج من يقول انه لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكى العنان ، ولنا ان الشرط صحيح فيثبت بمقتضاه ، وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى[5] حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح فى عقد . ولأن هذا الربح مملوك فلابد له من مالك ورب **المال لا يملكه اتفاقا** ، ولا تثبت احكام الملك فى حقه فلزم أن يكون للمضارب ... »[6] .

اذا كان رب المال لا يملك ذلك النصيب من الربح عند الجميع فمن اذن — عند من يقول ان المضارب لا يملك نصيبه من الربح الا بالقسمة — يكون المالك لهذا النصيب من الربح خلال الفترة بين ظهور الربح وقسمته ؟

ان هؤلاء الفقهاء يقولون : « ... يثبت له (صاحب حصة العمل) بالظهور للربح فى المال حق مؤكد يورث عنه ، لأنه وان لم يملك ثبت له حق التملك .. » [7] هذا القول هو

(4) ج ٥ ص ١٥٥ .
(5) المساقى هو الشخص الذى يشارك بعمله صاحب أرض فى عقد يبرمانه لتوزيع الثمار بينهما ويسمى هذا العقد بعقد المساقاه .
(6) المغنى ج ٥ ص ٥١ .
(7) أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٨٧ .

ما ينطبق على الشريك فى شركات القـانون الوضعى فليس له الا حق قبـل الشركة فى اقتسام الارباح ، أما الارباح ذاتها فتكون ملكا للشركة محملا بحق الشركاء عليـه حتى يتم التوزيع .

اذا كان الامر كذلك عند هؤلاء الفقهـاء . فهل يجد هذا الحـكم تفسيره الا فى كنـف نظرية الشخصية المعنوية للشركة ، لأنه لايمكن أن يكون مال بهذا الوصف ، أى دون مالك ، والا كان مالا سائبا ، ولا سائبة فى الاسلام .

فالى ان تتم القسمة لابـد من أن يكون الربح ثابتا فى ذمة شخص ، وما دامت هـذه الذمة ليست ذمة رب المال اتفاقا ، ولا ذمـة المضارب — عند البعض — فلا تكون اذن وفقا لهذا القول الا ذمة الشركة .

٦٥ — عدم انتهاء الشركة رغم وفاة أحـد الشركاء اذا كانوا ثلاثة فأكثر :

القاعدة فى القانون الوضـعى ان شركات الاشخاص ، رغم اعتبارها اشخاصا معنوية ، تنتهى بوفاة أحد الشركاء . الا اذا اتفق على خلاف ذلك . وانتهاء الشركات بوفاة أحـد الشركاء يعتبر من الاخطار التى تتهدد حيـاة الشركات فى أى وقـت من الاوقات ، ولذلك اعتبرت شركات الاموال وهى التى لا تقـوم على الاعتبار الشخصى فى مأمن من هـذه الاخطار . واعتبر ذلك ميزة كبيرة تميزها عن شركات الاشخاص ، حيث تتمكن من البقـاء مددا طويلة تستطيع خلالها انجاز الكثير من المشاريع . بل ان أهمية فكرة الشخصية المعنوية من الناحية العملية بعد جمع الجهود تتضح فى الابقاء على المشروع رغم فناء افراد القائمين به . وقد ظهر اتجاه الفقه الاسلامى الى حماية المشروع الذى تقوم عليه الشركة من الانهيار بوفاة أحد الشركاء فيما نقله صاحب البحـر الرائق فى فصل انتهاء الشركة عن الظهيرية حيث يقول : « ولو كان الشركاء ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت الشركة فى حقه لا تنفسخ فى حق الباقين » [١] .

ونجد أن هذا الحكم قد وصل الى أبعـد النتـائج التى وصلت اليها فـكرة الشخصية المعنوية ، والاساس الذى تقوم عليه شركات الاموال فى القانون الوضعى مجتمعين .

واذا لم يكن قد وضح الاساس الذى بنى عليه هذا الحكم فهل يكون فى غير تميز الشركة بشخصية مستقلة عن اشخاص الشركاء بحيث تبقى ولو توفى بعضهم ، وذلك دون توقـف استمرارها على الاتفاق سواء كان سابقا أو لاحقا على الوفاة ، اذ الاصل وفقا لهذا الحكم ان تبقى الشركة لا العكس .

٦٦ — اسلمتنا القواعد السابقة الى القول ان تفسيرها لا يوجد الا فى رحاب فـكرة الشخصية المعنوية ، اذ انها لا تعدو ان تكون تطبيقا من تطبيقات هذه النظرية .

وقد يقال ان الفقه الاسلامى قد توصل الى ما وصل اليه من قواعد وأحكام بصدد الشركات على أسس أخرى غير فكرة الشخصية المعنوية ، أسس تتفق مع بنائه الفقهى الخاص وكيـانه المستقل وبذلك يجب أن يظل له استقلاله ، وعدم اقحام فكرة غريبة عنه ، عليه .

وقد يكون هذا القول صحيحا اذا صح ان تستقل نظرتنا الى كل باب من أبواب الفقـه عن بقية أبوابه ، وهذا ما لا يمكن لاحد أن يقول به اذ يترتب عليه فصل الجزء عن الكل .

---

(١) جـ ٢ .

وقطع كل صلة بين الفرع واصله ، هذا من ناحيه • ومن ناحيه أخرى فقد نجد احكاما تؤسس على اساس مستقل مثل جواز شراء رب المال من اموال شركه المضاربه الذى اقيم على اساس اعتبار رب المال اجنبيا بالنسبه لحق التصرف — عند الحنفية — الا ان هذا الاساس — فيما ارى — يحتاج ايضا الى اساس آخر يرد اليه •فاقتضاء عقد شركه المضاربه استقلال المضارب (الشريك بالعمل) بالتصرف لا يغير من الحقيقه الواقعة وهى ان رب المال يملك مال المضاربه • ومع ذلك فقد اعتبر بالنسبةللتصرف فى هذا المال كالاجنبى مما يرجح تفسير هـــذا الاعتبار بفكرة الذمة المالية المستقلة ، فاليهــا يرد اليه •فاقتضاء عقد شركةالمضاربة استقلال القاعدة على أساس اعتبار كل من المضـــارب ورب المال كالاجانب من حيث حق التصرف وحق ملكية الرقبة • فكل منهما يملك حقا يفقد فى مقابله حقا آخر ، فيكون ملكه بموجب عقـــد الشركة ملكا ناقصا ، ولكن الصفة الحقيقيـــة للمال ان يكون مملوكا ملكية تامة تخول حـــق الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وهـــــذا ما يفقده اصحاب حصص رأس المال ، ويملكه اصحاب حصص العمل بالرغم من عدم وجود ملكية لهم فى رأس المال • فتغيير حال الملكية واوصافها بموجب عقد الشركة يوجه النظر الى ان هذا المال صار فى ذمة أخرى تتحقق لهـــا الملكية التامة ، ويتفرع عنها حقوق يتولاهـــا الشركاء ، وحقوق أخرى عى تلك الذمة •

لكن هل يمكن القول ان فكرة الشخصـــية المعنوية فكرة غريبة عن الفقه الاسلامى ؟

الواقع ان هذا القول لا يمكن أن يسلم به اذا قيل ، لاننا رأينا من علماء الفقه الاسلامى من يقرر صراحة الذمة المالية للوقف ويقـــرر الاساس لذلك فى قول حاسم ان الوقف يملك كالحر • وهذا دليل على أن فكرة الشخصـــية المعنوية ليست غريبة على الفقه الاسلامى حيث أن وصف الوقف بانه كالحر اسباغ للشخصية المعنوية عليـــه •

بعد ذلك نستطيع القول ان فكرة الشخصية المعنوية ، وان لم ينشىء لها الفقه الاســـلامى نظرية عامة ، الا أنه أخذ بها فيما احتـــاجته متطلبات المجتمع الذى حكمه هذا الفقه • ولم يحجم عن التصريح بأن الوقف والمســـجد كالحر ، فعبر بهذا القول عما عبر عنه بعـــض الفقهاء الغربيين أخيرا بقولهم ان الشـــخص المعنوى حقيقة قانونية كالشخص الطبيعى •

أما جانب الفقه الاسلامى الذى صرح بان الوقف ليس له ذمة مالية ، ورتب الاحكام على ذلك ثم رأى ان هذا قياس يترك عند الضرورة، فنجد فى رحاب هذا الجانب تكمن فكـــرة الحقيقة الاجتماعية وهى الاساس الراجـــح للشخصية المعنوية فى وقتنا الحاضر •

لكل ما سبق نقـــول ان فكرة الشـــخصية المعنوية وجدت جذورها عند فقهاء الفقـــه الاســـلامى ، ولذلك لا تعتبر هذه الفكـــرة مقحمة على هذا الفقه ، لانه وضع أصـــولها الأولى •

وفى صدد الشركات لا يجوز القول انه « لم يتح لهذه الفكرة ظهور فى الفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبه فلم يكن للشركة فيـــه ذمة مستقلة •• »[1] فقد رأينا من القواعد التى سبق ذكرها ان هذه الفكرة قد طبقت فى نطاق

---

(١) على الخفيف ، الشركات فى الفقـــه الاسلامى ص ٢٢ .

النظرية العامة للشركات • ولعله يصح القول ان الفقـه الاسـلامى لم يصرح باعتبـار الشركات اشخاصا معنوية لها ذمم مستقلة عن ذمم الشركاء كما كان مسلكه بالنسبة للوقـف والمسجد • بل اكتفى بتطبيق بعض الأحكام المتفرعة على الشخصية المعنوية ، ولعل السبب فى ذلك كما سبق ان بينا هو عدم وجود الحاجة الملحة ، لا سيما وان الشركات التى كانت قد ظهرت تنتمى كلها الى نوع شركات الاشخاص المعروفة فى القانون الوضعى • وقد نجـد تأييدا لقولنا بعـدم الحاجة هذه فى قواعـد شركات الاشخاص فى القانون الوضعى حيث تظل ذمة الشركة محتـاجة الى ذمم الشركاء المتضامنين تقـف الى جوارها مسئولة عن ديونها • وفى ذلك يقول الدكتور محسـن شفيق : « وتكبر مظنة الخلط بين ذمة الشريك وذمة الشركة فى شركات الاشـخاص حيـث يسأل الشريك المتضامن عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الشخصية ، فتبدو ذمة الشريك كما لو كانت جزءا من ذمة الشركة ، وعلى الرغم من هذه الظـاهرة فالانفصال تام بين ذمـة الشركة وذمم الشركاء » [1] •

بل ان البعض يرى ان الشركات المدنيـه وشركات الاشخاص بوجه عام ليس لهـا الا شخصيه معنوية ناقصة [2] • وان كنا لا نسلم بهذا الرأى حيث أنه لا يوجد الا تدعيم لذمة الشركة المالية المستقلة بذمم الشركاء المتضامنين الذين يقفون كالكفلاء المتضامنين لدين الشركة•

٦٧ — ننتهى من ذلك الى ان أساس نظرية الشخصية المعنوية موجود فى الفقه الاسـلامى بل ان هذا الفقه قد عبر عن هذا الاساس قبل أن يصل الى هذا التعبير فقهاء القـانون الوضعى •

وقد ظهرت تطبيقات هذه النظرية فى الفقه الاسلامى عندما اطلت الحاجة اليها • ولـذلك كان من واجب فقهائنا الحديثين أن يقيمـوا على هذا الاساس القائم فعلا نظرية عامـة للفقه الاسلامى فى الشخصية المعنوية •

---

(١) الوسيط ج ١ بند ٢٨٠ .
(٢) مصطفى طه ، القانون التجارى ، ص ٢٤٦ .



الفصل الثالث

مسئولية الشركاء عن ديون الشركة

إدارة الشركة

المبحث الأول
مسئولية الشركاء عن ديون الشركة

٦٨ — عند عرض أنواع الشركات فى القانون الوضعى اتضح مدى مسئولية الشركاء فى كل نوع منها ، فهو يختلف من نوع الى آخر ومن شريك الى آخر فى نفس النوع بين الاطلاق والتقييد • ففى شركات الاشخاص يسأل الشريك المتضامن عن ديون الشركة مسئولية مطلقة تتعدى حصته فى رأس مال الشركة الى أمواله الخاصة ، بينما الشركاء الموصون فى هذه الشركات يتحدد مدى مسئوليتهم عن ديون الشركة بقدر ما قدموا من حصص فى رأس المال •

وهذا هو الحكم فى شركات التوصية بالاسهم، مع انها تعتبر من شركات الاموال • أما شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة فتتحدد فيها مسئولية جميع الشركاء بالقدر الذى اسهموا به فى رأس مال الشركة•

ونتكلم فى مسئولية الشركاء المتضامنين •

المطلب الأول
الشريك المتضامن
مسئول عن ديون الشركة مسئولية مطلقة

٦٩ — الشريك المتضامن فى شركات التضامن والتوصية بنوعيها هو الذى يدخل اسمه فى عنوان الشركة• ولا شك ان الشركاء سيختارون أكثرهم ملاءة ويسارا ، ومن يحظى منهم باكبر قدر من الثقة فى مجال العمل التجارى ليتكون من اسمائهم عنوان الشركة • وهم يعمدون الى ذلك جلبا للمتعاملين حيث يأخذهم بريق الأسماء ذات السمعة الحسنة والائتمان الكبير فيقبلون على التعامل مع الشركة اعتمادا على الثقة التى يتمتع بها هؤلاء •

على ان اعتماد المتعاملين على الثقة التى يتمتع بها هؤلاء الشركاء يحركه الضمان الذى تمثله ذمم هؤلاء الشركاء لدائنى الشركة الى جانب ذمتها ، حيث ان القانون ينص على تدعيم ذمم شركات التضامن والتوصية بذمم الشركاء المتضامنين ، الا ان دائنى الشركة يستقلون بالضمان الذى تمثله ذمة الشركة . فى حين انهم يكونون عرضة لمزاحمة دائنى الشركاء فى الضمان الذى تمثله ذمم هؤلاء الشركاء •

وهذا التدعيم الذى فرضه المشرع يمتد الى أموال الشركاء المتضامنين جميعها ، وهذا ما يعرف بالمسئولية المطلقة ، ولهذا فان دائنى الشركة لهم الحق فى مطالبة الشريك المتضامن ليس فقط فى حدود حصته وانما فى سائر

امواله حتى يسوتوفوا ما لهم من ديون على الشركة .

وهذه المسئولية تجد تبريرها فى ان الشريك المتضامن يدخل اسمه فى عنوان الشركة صراحة أو ضمنا ، هذا العنوان الذى يتم تعامل الشركة به مع الغير . فكأن كل شريك متضامن يتعاقد باسمه مع هؤلاء الذين تتعاقد معهم الشركة ، فيصير ملتزما بآثار هذا التعاقد . وقد سبق ان بينت مدى تأثير اسماء الشركاء المتضامنين على اقبال المتعاملين مع الشركة .

وهذه المسئولية المطلقة وان كانت مقررة لصالح الدائنين الا انها تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها ، واذا تم هذا الاتفاق يبطل وحده ، واعتبر كأن لم يكن دون أن يمتد هذا البطلان الى كيان الشركة ، وهو أثر يتفق ومنطق اعتبار المسئولية المطلقة لصالح الدائنين .

ومع ذلك وباعتبار ان هذه المسئولية مقررة لصالح الدائنين فيجوز تنازلهم عنها فى صدد صفقة بعينها ، ويرى البعض ان لقاضى الموضوع سلطة تقدير ما اذا كان الشركاء قد أرادوا تكوين شركة توصية ، واعتبار أحدهم موصيا لا يسأل الا بمقدار معين فحينئذ يسرى التحديد على الدائن [1] . وأرى انه لابد لصحة ذلك أن يكون مشروطا بألا يكون عنوان الشركة قد تضمن اسم هذا الشريك .

المطلب الثانى

مسئولية الشركاء عن ديون الشركة فى الفقه الاسلامى

٧٠ — رأينا أن جميع الشركاء — فيما عدا الشريك الذى يقدم عمله فقط حصة فى تكوين الشركة — يسألون عن ديون الشركة مسئولية مطلقة تمتد الى ما وراء ما قدموا من حصص فى رأس المال . ويمكن ان نجد أساس هذه المسئولية بتحليل وضع الشركاء والاساس الذى تقوم عليه تصرفاتهم لحساب الشركة . فكل شريك يتصرف بمقتضى الوكالة عن بقية الشركاء ، وهو فى ذات الوقت اصيل عن نفسه[2] . فما يثبت فى ذمة الشريك الذى يباشر التصرف من الديون يثبت فى ذمته اصالة وصفة . وبمقتضى هذه الصفة يكون له الحق فى الرجوع على شركائه بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال . فكأن كل شريك من الشركاء مدين اصلى فيلتزم بالدين فى جميع أمواله ، ولكن هذا الالتزام تحدده نسبة حصته فى رأس المال طبقا للقاعدة العامة **الوضيعة على رأس المال) وهى القاعدة التى اتفقت المذاهب الاسلامية عليها فى اقتسام الخسائر ، فكل شريك يتحمل من الخسائر التى قد تمنى بها الشركة بنسبة ما قدم من حصة فى رأس المال .**

وعلى اساس هذه القاعدة لا يتحمل الشريك بالعمل فى شركة المضاربة شيئا من الخسائر — فيما عدا ما يفقده من الربح المتفق عليه له — وانما يتحملها الشركاء الذين يسهمون باموالهم فى رأس المال ، ما دامت هذه الخسائر لم تكن نتيجة اهمال أو تعد من الشريك مقدم العمل. وتبرير هذه القاعدة ان الخسارة هى صورة من صور التلف الذى يحيق بالمال فيذهب ببعضه فكان لزاما اذا وزعت الخسارة على مقدمى رأس المال ان تقدر بقدر ما قدموا من

(١) على يونس ، الشركات التجارية ، بند ١٦٧ .

(٢) فى الواقع أن هذا الشريك يتصرف لحساب الشركة فهو ممثل لها ؛ ولكنى آثرت باعتبارى أحلل وضعه وأساس تصرفه أن أجرد الوضع من هذه الصفات ، تمكينا لاظهاره فى أبسط الصور .

حصص ، ولذلك كان صاحب حصة العمل بعيدا عن تحمل هذه الخسارة .

وهذه القاعدة مطردة التطبيق فهى تسرى على الخسارة الجزئية التى تتناول جزءا من رأس المال أو الخسارة الكلية التى تستغرق رأس المال كله ، كما انها تسرى على ما يزيد من الخسارة على رأس المال . ونجد النص الصريح على ذلك فى المدونة : « ... فان ذهب رأس المال خسارة وركبها ثلاثة آلاف دينار .. بعد وضيعتهما رأس المال كله .. أرى ان الدين الذى لحقهما من تجارتهما يكون عليهما على قدر رؤوس أموالهما .. فما لحقهما من دين فض[1] على المال الذى وقعت به الشركة بينهما »[2] .

وقاعدة اطلاق المسئولية عن ديون الشركة قاعدة عامة تطبق على كل أنواع الشركات ، فهى ليست قاصرة على شركات الاموال .

ففى شركة الوجوه وهى الشركة التى تعقد بدون رأس مال وتكون مسئولية كل شريك بقدر ما يتعلق بذمته من اثمان الاشياء التى تشترى بالدين لحساب الشركة ، وهذا هو المقصود من الضمان أى ما يكون الشريك متحملا به من الدين ، فيكون فى ضمانه . فيحل الضمان محل المال ، وعلى قدر الضمان الذى يثبت فى ذمة الشريك يكون توزيع الخسارة والتحمل بالديون[3] .

وفى شركة الابدان وهى الشركة التى تعقد على التزام كل شريك بتقديم عمله لحساب الشركة فهى لا تنعقد على مال بل على عمل يقدمه الشركاء . فيحل التقبل — أى الالتزام بالعمل — محل المال أيضا فتكون الخسارة على قدر ما يشترط من القبالة[4] أو الضمان كما يقول الحنابلة[5] .

وفى شركة المضاربة يتحمل اصحاب الحصص المالية الخسارة التى تحيق بالشركة ما لم يلحقها ربح يجبر به ، وكذلك الديون الزائدة على رأس المال والناتجة عن استغراق الخسارة له .

فان تعدد الشركاء الذين قدموا المال قسمت الخسارة عليهم بقدر نصيب كل منهم فى رأس مال الشركة اما الشريك أو الشركاء الذين يقدمون عملهم فيفقدون نتيجة للخسارة مقابل عملهم ، وهو النصيب فى الربح الذى كان متوقعا .

المطلب الثالث

تضامن الشركاء لديون الشركة

٧١ — التضامن هو وسيلة من وسائل الضمان بل هو أقوى وسائله ولذلك فهو لا يكون الا بنص من القانون أو بالاتفاق بين اطراف الالتزام .

---

(١) فض : فرق والمقصود وزعت الخسارة على قدر المال الذى اشتركا به (فضضت الشىء فضا فرقته فانفض وفى التنزيل — لانفضوا من حولك) المصباح المنير ج ٢ ص ٦٥١ .
(٢) ج ١٢ ص ٦٠ .
(٣) راجع الأمالى ص ٤٢ .

(٤) والقباله (بالكسر) العمل ، وتقبلت العمل من صاحبه اذا التزمته بعقد . والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك . قال الزمخشرى كل من تقبل بشىء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذى يكتب هو القباله بالفتح والعمل قباله بالكسر لأنه صناعة . (المصباح المنير ج ٢ ص ٦٧٠) .
(٥) راجع المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٥ .

ونتكلم عن التضامن فى فرعين أولهما يختص بالحديث عنه فى القانون والثانى عنه فى الفقه الاسلامى •

الفرع الأول

تضامن الشركاء لديون الشركة فى القانون الوضعى

٧٢ — وردت عدة نصوص تقرر التضامن بين الشركاء فى بعض الاحوال ، لا يكتفى فيها بالمسئولية المطلقة عن ديون الشركة ، بل تعزز بتضامن الشركاء فى هذه المسئولية فيمكن بذلك دائنو الشركة من مطالبة أى الشركاء المتضامنين دون الآخرين بدون الشركة • ووفاء أى من هؤلاء الشركاء يعتبر وفاء عن الشركة • ومن هذه النصوص ما قضت به المادة ٢٢ من القانون التجارى من ان الشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الامضاء عليها الا من أحدهم ، انما يشترط أن يكون هذا الامضاء بعنوان الشركة • ونص المادة ٢٣ تجارى الذى ورد بتعريف شركة التوصية وقرر وجود شريك أو أكثر متضامنين• وكذلك ما قرره القانون التجارى من تضامن الشريك الموصى كنتيجة لدخول اسمه فى عنوان الشركة ، أو كجزاء على تدخله فى اعمال الادارة بالمخالفة للحظر الواقع عليه • فالمادة ٢٩ من هذا القانون تنص على انه « اذا اذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة خلافا لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦ فيكون ملزوما على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة » •

وتنص المادة ٣٠ تجارى على الجزاء الآتى. « وكذلك اذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملا متعلقا بادارة الشركة يكون ملزوما على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى اجراه ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى اجراه ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الاعمال » •

ففى هذه الاحوال يخرج المشرع على القاعدة الاصلية فى مسئولية الشركاء الموصين وذلك للغير الذى يطمئن لظهور اسم الشريك الموصى فى عنوان الشركة • أو لاطمئنان الغير الذى تعاقد مع هذا الشريك الموصى •

وبالنسبة لشركات المساهمة والأصل فيها عدم التضامن ، قرر المشرع تضامن مديرى هذه الشركات فى المسئولية عن ديونها ، وذلك اذا لم يتم اعلان المشارطة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والأمر المرخص بايجادها ، ويكون هذا الاعلان بتعليق المشارطة •• الخ فى المحكمة الابتدائية (م ٥٧ ت) ومسئولية هؤلاء المديرين فى هذه الحالة مسئولية تقصيرية، ناتجة عن تقصيرهم فى الواجب المقرر عليهم بالنسبة لهذا الاعلان •

اما بالنسبة للشركات المدنية فلا تضامن بين الشركاء فيها ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٥٢٤/١ مدنى) وكذلك ما لم تتخذ الشركة المدنية شكل شركة التضامن أو شكل شركة التوصية بنوعيها ، فالشركاء المتضامنون فيها يكونون حينئذ مسئولين مسئولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة •

وهذا التضامن يتفق أيضا مع ظهور اسماء الشركاء المتضامنين فى عنوان الشركة الذى يتم به التعامل مع الغير • على ان هؤلاء الشركاء

ومع ظهور اسمائهم فى التوقيع بعنوان الشركة ليسوا مدينين اصليين بديو ن الشركة ، ولا يمكن اعتبارهم كذلك بالنظر الى مسئوليتهم ، والا كان معنى ذلك اهدار كل أثر لشخصية الشركة المعنوية وذمتها المستقلة عن ذمم الشركاء .

انما يترتب على هذا التضامن وضع هؤلاء الشركاء فى مركز الكفلاء المتضامنين بجانب الشركة التى تعقد الصفقات بعنوانها ولحسابها .

وهذا التضامن من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه ، ومع ذلك فما من مانع يحول دون تنازل الدائنين عن التضامن فى شأن صفقة ما تعقد لحساب الشركة لأن هذا التضامن قد روعى فيه صوالح هؤلاء الدائنين .

٧٣ — ومقتضى هذه الكفالة التضامنية أن لا يكون للشريك المتضامن الحق فى الدفع بالتجريد [١] ، أو حتى مطالبة الشركة أولا باعتبارها المدين الاصلى ولذلك فلدائن الشركة ان يطالب الشريك المتضامن أولا ، أو الشركة، أو كلاهما معا ، دون أن يكون لهذا الشريك أى اعتراض على مسلك الدائنين ويرى البعض ان الشركاء المتضامنين يوفون بأموالهم مانقص من ديون الشركة بعد نفاذ مالها [٢] . وقد يفهم من هذا ان دور الشريك المتضامن دور ثانوى تابع ، ولا تثور مسئوليته الا بعد التنفيذ على أموال الشركة ونفاذها دون الوفاء بما عليها من ديون . وهو ما يخالف وضع التضامن القائم وفقا لنص القانون بين الشركاء والشركة . وقد تدخل القضاء للتخفيف مما فى هذا الوضع من قسوة ، واستقر على عدم قبول دعوى الدائن ضد الشريك المتضامن ما لم تسبقها مطالبة الشركة بسداد الدين ، هذا فى فرنسا ، وهو اتجاه يلقى التأييد من غالبية الفقهاء فى فرنسا ومصر ويأخذ به كثير من احكام القضاء لما فيه من مناسبة عملية واضحة [٣] .

ومع ذلك فيظل الشريك المتضامن الذى توجه اليه المطالبة مجردا من استطاعة المطالبة بتوجيه الدعوى الى شريك آخر أولا أو معه وهو ما يعرف بالدفع بالتقسيم ، أى تقسيم الديون على المدينين ، حيث أن التضامن بين الشركاء عن ديون الشركة قائم بكافة آثاره ، وعلى اطلاقه لا سيما اذا تخلفت الشركة عن السداد . ويبقى أن للشريك الذى يوفى ديون الشركة أن يرجع بعد ذلك اما على الشركة بكل ما وفاه عنها، واما على الشركاء فى حدود نصيب كل منهم .

الفرع الثانى
تضامن الشركاء فى الفقه الاسلامى

٧٤ — يأخذ الفقه الاسلامى بالتضامن بين الشركاء فى الشركات اذا اتخذت شكل المفاوضة ، فالمفاوضة سواء كانت أموالا أو وجوها أو أبدانا تتضمن الكفالة ، بآثار تتسع للتضامن المعروف فى شركات القانون بكافة نتائجه ، فهى كفالة تضامنية .

وهذا الاتجاه فى الفقه الاسلامى هو مذهب الحنفية ، ونعتبره اتجاها يمثل الفقه

---

(١) وهو التمسك بوجوب التنفيذ على أموال المدين الأصلى أولا وتجريده من أمواله قبل أن ينفذ على أموال الكفيل .

(٢) ملش بند ٧١ .

(٣) البارودى ج ١ بند ١٥٧ ثالثا ، مصطفى طه ص ٣٠٤ وما بعدها ، على يونس بند ١٦٧، محسن شفيق الوسيط ج ١ بند ٣٠٩ ، مشرقى ج ١ بند ١١٩ ، على جمال الدين عوض بند ٩١، الشرقاوى بند ١٨٩ .

الاسلامى لما فيه من توسع يفى بحاجات التعامل ، ويتفق مع الحنفية المذهب المالكى والمذهب الزيدى وان اختلف عندهم معنى المفاوضة عنه فى المذهب الحنفى • فالشركاء فى شركة المفاوضة متضامنون •

وليس شرطا أن تذكر الكفالة استقلالا ، اذا عقدت الشركة بلفظ المفاوضة — احلالا للفظ محل المعنى — اذ أن عقد الشركة على هذه الصورة يقتضى الكفالة ، فيلزم كل شريك بما لزم أيا من الشركاء • « فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلى صاحبه يؤخذ به كله لأن المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة ، فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما ، وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة » [1] •

وبمقتضى هذا التضامن الذى تقتضيه شركة المفاوضة اذا أقر احدهما بدين بسبب الشركة أخذ الآخر بهذا الاقرار وصار ملتزما بما يتضمنه [2] •

وفى ذلك يقول الكاسانى معبرا عن المذهب الحنفى انه يجوز اقرار أحد شريكى المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه • « ويطالب المقر له ايهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر •• » ثم يورد القاعدة العامة فى ذلك فيقول انهما : « •• جميعا فى خراج التجارة وضمانها سواء ، ففعل احدهما فيها كفعلهما وقول احدهما كقولهما وهما فى الحقيقة شخصان وفى احكام التجارة كشخص واحدا [3] •

(١) المبسوط للسرخسى ج ١١ ص ١٧٧ .
(٢) وهذا بخلاف ما يأخذ به القانون فى أحكام التضامن السلبى حيث لا يلزم الاقرار الا المقر وحده دون بقية المدينين المتضامنين .
(٣) البدائع ج ٦ ص ٧٢ .

وتعبر المدونة عن المذهب المالكى فيما جاء فيها عن ذلك بتوجيه السؤال التالى والاجابة عليه • أرأيت ما اشترى أحد الشريكين أيكون للبائع أن يأخذ بالثمن الشريك الاخر الذى لم يشتر منه شيئا ؟ قال : قال مالك : اذا كانا متفاوضين لزم كل واحد منهما ما اشترى صاحبه » [4] •

ويقول صاحب البحر الزخار من الزيدية : « وكل واحد من المتفاوضين فيما يتعلق بالتصرف وكيل للاخر وكفيل له ما له وعليه ما عليه من ثمن مبيع و تسليمه أو رد بخيار أو نحوه ، الا ما خرج عن موضوع الشركة كجناية ونكاح ومزارعة •• » [5] •

٧٥ — والتضامن فى شركة المفاوضة تضامن سلبى وايجابى ، أى سواء كانت الشركة مدينة أو دائنة • وقد وضح ذلك من اعتبار اشخاص الشركاء بالنسبة لاحكام التجارة كشخص واحد كما جاء فى قول الكاسانى • وكذلك مما أورده صاحب البحر الزخار من ان كل شريك له ما للاخر وعليه ما عليه • وان كان نص المدونة الذى سبق ذكره قد جاء فيما يختص بالتضامن السلبى فقد جاء فيها أيضا ما يدل على التضامن الايجابى وذلك فى الاجابة على السؤال التالى : « أرأيت الدين يكون على الرجل لأحد المتفاوضين فيقتضيه شريكه قال: ذلك جائز عند مالك » [6] •

وبذلك يكون أداء الشريك فى شركة المفاوضة ابراء للشركة ، ويكون استيفاؤه ابراء لمدينى الشركة ، مما يؤدى الى القول ان الشريك فى شركة المفاوضة ممثل للشركة ، يوفى عنها

(٤) ج ١٢ ص ٧٠ .
(٥) ج ٤ ص ٩٢ .
(٦) ج ١٢ ص ٧٠ .

ويستوفى لها • واذا كان التضامن كقاعدة من خصائص المفاوضة دون العنان حيث تنعقد على الوكالة فقط ، فان هذه القاعدة يرد عليها استثناءان يترتب عليهما ان يصير الشركاء فى شركة العنان متضامنين فى مسئوليتهم عن ديون الشركة •

٧٦ ـ الاستثناء الأول : فى العنان بالاموال: اذا اشترط الشركاء الكفالة فى العقد وهذا يعتبر من قبيل الاتفاق على تشديد المسئولية، فقد ورد فى الفتاوى الهندية نقلا عن قاضى خان : « ولا يكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه اذا لم يذكر الكفالة» (١) •

وعن ذلك يقول ابن عابدين : « •• ومقتضاه ان يكون كفيلا اذا ذكر الكفالة ••• ولعل وجهه أن الكفالة متى ذكرت فى عقد الشركة تثبت تبعا لها وضمنا لا قصدا لأن الشركة لا تنافى الكفالة بل تستدعيها لكنها لا تثبت فيها الا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة أو بذكرها فى العقد » (٢) •

ويتضح من هذه النصوص ان التضامن وهو المعبر عنه بالكفالة لا يكون فى الفقه الاسلامى الا بالنص عليه أو بالاتفاق • وفى هذه الخصوصية يتفق القانون مع الفقه الاسلامى حيث لا تضامن الا بنص القانون أو بالاتفاق •كما ••يتضح الاستجابة الى حاجات التعامل ، ومصالح الشركاء الذين لا يريدون الخضوع لقسوة شروط شركة المفاوضة ، ويرغبون فى نفس الوقت الى اجتذاب الائتمان عن طريق تشديد مسئوليتهم باشتراط التضامن فيما بينهم فى مسئوليتهم عن ديون الشركة •

٧٧ ـ الاستثناء الثانى : فى شركة الابدان: عند الحنفية والمالكية والحنابلة حيث يلتزم كل شريك بما التزم به الشركاء من أعمال ، كما يلتزم كل منهم بما يقع على الآخرين من ضمان ما يتلف فى أيديهم • كذلك يكون لكل شريك أن يطالب بأجرة العمل ولو لم يكن هو الذى قام به ، ولأى شريك يؤدى صاحب العمل الاجر • يكون هذا الاداء ابراء لذمة يمتنع به على من قام بالعمل أن يطالب بالاجرة •

وفى صدد التضامن فى هذه الشركة عند الحنفية تفصيل يتضمن رأيا لكل من أبى يوسف ومحمد بن الحسن يرويه السرخسى فى المبسوط فيقول : « ••• ذكر فى النوادر قياسا واستحسانا فى هذا الفصل ، فى القياس لا يطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة •• وفى الاستحسان يكون الآخر مطالبا به ، لأن هذا التقبل مقصود بالشركة ، ففيما هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه لانه هو المقصود بعقدهما وبيان كونه مقصودا ان الشركة التى بينهما لا تنفك عن هذا ، بخلاف الاقرار فى الدين • وذكر الشارح عن أبى يوسف رحمه الله ان كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحسانا أيضا وانه لو أدعى عينا فى يدهما على أحدهما انه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره فى نصيب شريكه أيضا استحسانا • ومحمد رحمه الله فى هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقراره بالدين وما يتلف بجناية فى يده بمنزلة غصبه واستهلاكه • والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشىء من ذلك • وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لان وجوب ضمان ما جنت يداه باعتبار العمل وهما فى العمل كالمتفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره

---

(١) جـ ٢ ص ١٣٤ .
(٢) رد المحتار جـ ٣ ص ٣٥١ .

له أو عليه • وكذلك الاقرار بالعين فان الشركة لا تنفك عن ذلك لان من يسلم الى أحدهما العمل فلا بد له من ان يسلم اليه محل العمل ، وما يتقبله احدهما يثبت عليه يدهما عند اقامة العمل ، فاذا لم يصح اقراره فى حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم »[1] •

يتضح من هذا النص ان ما يذهب اليه أبو يوسف أكثر استجابة لمقتضيات هذا النوع من الشركة ، وما دام التضامن قد ثبت بين الشركاء فيما يتعلق بالعمل وهو الاساس فى هذه الشركة فمن الاصح أن يثبت هذا التضامن فيما يتفرع على هذا العمل ، وما يكون بسببه ، وذلك ضمانا لحسن سير العمل وجذبا لفقه الناس فى هذا النوع من الشركات•

وعند المالكية والحنابلة رأى واحد يقرب مما يذهب اليه أبو يوسف ، ففى مواهب الجليل من كتب المالكية جاء ما يلى : « ولزمه ما يقبله صاحبه وضمانه وان تفاضلا ، يعنى أن أحد شريكى العمل اذا قبل شيئا ليعملا فيه لزم شريكه الآخر أن يعمله معه ولا يشترط أن يعقدا معا ، ويلزم احدهما الضمان فيما أخذه صاحبه ولو افترقا •• قال فى المدونة وما يقبل أحد الشريكين للصنعة لزم الاخر عمله وضمانه ؛ يؤخذ بذلك وان افترقا »[2] •

وهذا النص يصرح بمدى المسئولية التضامنية من حيث الزمان ، فالشريك مسئول عن ديون الشركة التى تنشأ فى الفترة التى كان فيها شريكا ، فان انسحب من الشركة فلا يسأل الا عن الديون التى تثبت فى الفترة السابقة على انسحابه دون ما ينشأ منها بعد ذلك •

ويقول ابن قدامة الحنبلى فى المغنى : « ولكل منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما ، والى ايهما دفعها برىء منها، وان تلفت فى يد أحدهما من غير تفريط فهى فى ضمانهما لانهما كالوكيلين فى المطالبة وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو فى ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنعقد الا على الضمان •• فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر •• »[3] •

٧٨ — هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على اختصاص شركة المفاوضة بالتضامن بين الشركاء فيها فى مسئوليتهم عن ديون الشركة • احدهما مرده الى اتفاق الشركاء ، فهم وحدهم الذين يشترطون تشديد مسئوليتهم عن ديون الشركة بمحض ارادتهم •

والاستثناء الثانى اقتضته طبيعة شركة الابدان ، باعتبارها شركة تقوم على العمل الذى يقدمه الشركاء بما يستوجب التضامن بينهم عن ديون الشركة سواء منها ما ينشأ نتيجة تلف الأشياء التى يتسلمونها بصفتها محلا للعمل الذى يقومون به ، أو ما ينشأ منها نتيجة التعامل مع الغير •

وفيما عدا ذلك فلا تضامن بين الشركاء وان ظلت المسئولة التى يتحملونها عن ديون الشركة مطلقة غير محددة بحصة كل شريك فى رأس المال •

---

(١) جـ ١١ ص ٢١٥/٢١٦ •

(٢) جـ ٥ ص ١٣٨ •

(٣) جـ ٥ ص ٥ •

المبحث الثانى
ادارة الشركة

٧٩ ـ الاصل فى الفقه الاسلامى وفى القانون الوضعى ان ادارة نشاط الشركة ومباشرة العمل فيها من حق جميع الشركاء • وما دام هؤلاء الشركاء يعتبرهم الفقه الاسلامى مسئولين مسئولية مطلقة عن ديون الشركة فى اموالهم الخاصة فلا موجب لمنع البعض عن مباشرة ادارة العمل فى الشركة •

ولنفس هذا السبب لم يمنع القانون الوضعى من الشركاء غير الشركاء الموصين ، من التدخل فى ادارة الشركة وهو بلا شك يحقق ـ الى جوار ان مسئولياتهم محددة بحصصهم فى رأس المال ـ حماية الغير الذين يتعاملون معهم •

ونتكلم عن هذا الحق وكيفية ممارسته فى الفقه الاسلامى ثم فى القانون الوضعى •

المطلب الأول
ادارة الشركة فى الفقه الاسلامى

٨٠ ـ اذا كانت الادارة من حق جميع الشركاء فان بعض المذاهب الفقهية بل أغلبها قد اجازت الاتفاق على قصر هذا الحق فى شريك أو أكثر تناط به ادارة الشركة • فيشترط عليه القيام بالعمل فيها ، وهذه المذاهب هى الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية • ولم ير جواز ذلك ـ أى الاتفاق على انفراد أحد الشركاء أو بعضهم بالادارة دون الاخرين ـ كل من المالكية وأهل الظاهر •

واغلب الذين أجازوا الانفراد بادارة الشركة اشترطوا ان يكون ذلك فى مقابلة جزء زائد من الربح وهم : الحنفية والحنابلة والزيدية والامامية • ولا يوجد بالطبع ما يمنع من أن يكون العمل فى الادارة دون مقابل وذلك فى حالة تبرع القائم بها ، ورضائه بالقيام بهذه الاعباء دون مقابل •

أما الشافعية فمع اجازتهم الاتفاق على انفراد أحد الشركاء بادارتها ، الا أنهم لم يروا ان ذلك مبررا لاقتضاء جزء من الربح فى مقابلته •

ونورد فيما يلى بعض النصوص من أقوال فقهاء هذه المذاهب جميعا :

٨١ ـ أولا : المذهب الحنفى :

جاء فى تحفة الفقهاء : « وان شرطا العمل على احدهما ، فان شرطا العمل على الذى شرط له فضل الربح جاز ، لانه عامل فى ماله وربحه له وعامل فى مال شريكه ببعض ربحه ، والربح يستحق بالعمل •• ولا نعنى بقولنا العمل وجوده بل نعنى به شرط العمل »[1] •

ومع ذلك فقد ورد فى درر الحكام ان : « العمل فى الشركة فمن الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما » [2] •

ولقد جاء هذا القول فى كتاب المضاربة عند الكلام عن شرط تسليم مال المضاربة لصاحب حصة العمل (المضارب) ليتمكن من التصرف ، اذ أن العمل شركة المضاربة على هذا الشريك

---

(١) جـ ٣ ص ٨ . راجع أيضا البدائع جـ ٦ ص ٦٢ ، والبحر الرائق جـ ٢ .

(٢) جـ ٢ ص ٣١١ .

وحده دون الشركاء أصحاب حصص رأس المال. ولعل المقصود من ذلك ، ان فى شركة الاموال يكون العمل من حيث الأصل على الشركاء جميعا ، وهذا يقتضى إن يكون المال فى أيديهم دون أن يختص بحيازته واحد منهم ، وكذلك لو شرط العمل على أحدهم فلا يشترط ان يختص هذا الشريك بحيازة أموال الشركة ، لانه شرط على خلاف الاصل . وبذلك لا يكون هناك مجالا لأى خلاف فى هذا الشأن بين أقوال علماء المذهب الحنفى حيث تضافرت الاقوال فى هذا المذهب [١] على جواز اشتراط العمل على أحد الشركاء دون الآخرين . بل ان منهم من أجاز اشتراط العمل على أحد الشركاء ولو لم يكن له مقابل من الربح ، ففى غنية ذوى الاحكام عن العناية : « لو شرط العمل على احدهما وشرط الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ، ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته» [٢] اذن يمكن كما سبق القول فى مستهل هذا الفرع أن يكون العمل المشروط على أحد الشركاء دون غيره ، غير مقابل بجزء من الربح، ويكون ذلك عند الاتفاق على تطوع القائم به.

ثانيا : المذهب الحنبلى :

يقول صاحب كشاف القناع وهو يعرف شركة الاموال : « ... احدهما شركة العنان .. بان يشترك اثنان فأكثر بماليهما ليعملا فيه أى المال ... أو يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل فيه احدهما بشرط أن يكون له أى العامل من الربح أكثر من ربح ماله ، ليكون الجزء الزائد فى نظير عمله فى مال شريكه » [٣] .

فهذا النص يتكلم عن الاوضاع فى شركة العنان ، ويذكر الأصل وهو عمل الشركاء جميعا ، ثم يذكر صورة أخرى فيها يجوز انفراد أحد الشركاء بالعمل وادارة شئون الشركة على أن يكون له فى مقابلة ذلك نصيب يتفق عليه من الربح .

ثالثا : المذهب الشافعى .

جاء فى نهاية المحتاج : « ويشترط فيها لفظ صريح من كل للاخر يدل على الاذن للمتصرف من كل منهما أو من احدهما فى التصرف ... ويشترط فيهما أى الشريكين ان تصرفا أهلية التوكيل والتوكل فى المال .. فان تصرف احدهما فقط اشترط فيه أهلية التوكل وفى الاخر أهلية التوكيل » [٤] . ويقول فى موضع آخر : « .. والربح والخسران على قدر المالين باعتبار القيمة لا الاجزاء ولا بقدر العمل .. » [٥].

وهكذا نجد الشافعية بعد ان أجازوا اتفاق الشركاء على ان يدير العمل فى الشركة أحدهم لم يجيزوا ان يكون لهذا الشريك فى مقابل قيامه بادارة الشركة مقابلا من الربح ، لانهم يرون ان الربح نماء المال ولذلك يوزع على قدر الحصص المالية . وذلك بالطبع حكم خاص بشركة الاموال عندهم ، اذ انهم أجازوا شركة المضاربة وفيها يوزع الربح على المال الذى

---

(١) راجع على سبيل المثال المبسوط جـ ١١ ص ١٥٨ ، تحفة الفقهاء جـ ٣ ص ٨ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٥١ ، وذلك بالاضافة الى هامش ١ فى ص ٧٧ .

(٢) بهامش الدرر جـ ٢ ص ٣٢١ . والمقصود بكلمة (بضاعة) اعطاء مال الشخص لشخص آخر ليتجر له فيه تطوعا ، ويكون ربح المال وما يحيق به من خسارة لصاحبه .

(٣) جـ ص ٢٥٢ .

(٤) جـ ٤ ص ٤ .

(٥) المرجع السابق ص ٨

يقدم من جانب ، وعلى العمل وهو يقدم من الجانب الاخر .

رابعا ــ الشــيعة :

(أ) الزيــدية جاء فى البحر الزخـار : « ولو شرط أحدهما ان لا يعمل وله من الربح حصة ماله ، أو شرط ان له بعمله أكثـر من صاحبه صح » (١) .

(ب) الامامية : جاء فى مفتـاح الكرامة : « لا يجوز لاحد الشريكين التصرف فى المـال الممتزج الا باذن صاحبه فان اختص احدهما بالاذن اختص بالتصرف ، وان اشـترك ، اشترك ويقتصر المأذون على ما أذن له .. ولو شرطا الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد (٢) .

خامسا ــ المذهب المالكى :

جاء فى المدونة : « ... الشركة لا تجـوز عند مالك الا ان يجتمعا فى العمل يتكآفان فيه على قدر رؤوس أموالهما » (٣)

وفى صدد جعل المال فى حيازة أحد الشركاء يقول ابن القاسم : « ... وأرى ان كان الذى اشترط أن يكون المال على يديه هـو الذى يشترى ويبيع دون صاحبه فأرى الشركة على هذا الشرط غير جائزه .. فان كانا جميعا هما اللذان يبيعان ويشتريان غير ان احدهما الذى يكون المال فى يديه دون صاحبه فلا أرى بأسا وأراها شركة صحيحة » (٤) .

فالمالكية لا يرون اجازة انفراد أحد الشركاء بالعمل وان اجازوا بقاء المال فى حيازة أحدهم مع قيامهم جميعا بالتصرف .

---

(١) جـ ٤ ص ٩٢ .
(٢) جـ ٧ ص ٣٩٩ .
(٣) جـ ١٢ ص ٦١ .
(٤) المرجع الســابق .

سادسا ــ الظاهرية :

جاء فى المحلى : « .. ولا أن يشترطا ان يعمل أحدهما دون الاخر فان وقع شىء من هذا فهو كله باطل مردود » (٥) .

٨٢ ــ يتضح من هذه النصوص ان غالبية مذاهب الفقه الاسلامى اجازت اتفاق الشركاء على أن تكون الادارة لاحـدهم . وفى ذلك تحقيق لكثير من المصالح : فأولا ــ قد يكون حسن سير العمل فى الشركة مقتضيا لان تكون الادارة قاصرة على أحد الشركاء ، يقوم على تنفيذ ما يتفق عليه من سياسة الشركة للوصول الى الغرض المقصود من تكوينهـا . اذ أن تعدد المديرين قد يكون مثارا للخلاف يشجر بين الشركاء ، لا سيما فى الحالات التى لايحدد فيها لكل مدير اختصاص معين ، وفى ذلك خطر يهدد الشركة فى بقائها . على ان الاشراف يبقى للشركاء على تصرفـات المدير فان يكونـوا بعيدين عن مجريات الامور فى شركتهم. ولهم الحق فى سحب الاذن فى التصرف الذى سبق ان اصدروه لمن اختاروه مديرا . وفى ذلك لا يفرق الفقه الاســلامى بين الشريك المـدير الاتفاقى وغير الاتفـاقى كما هو الحـال فى القانون الوضعى .

فالشريك المدير الاتفاقى هو الذى يختـار لادارة الشركة فى اتفاق لاحق على العقد وهذا يجوز عزله دون توقف على رضاه . فالشريك المنوط به ادارة العمل فى الشركة قابل للعزل دائما فى الفقه الاسلامى ، دون توقف على رضاه فى جميع الاحوال .

وثانيا : يحقق مصالح الكثير من النـاس الذين يكون لديهم الاموال دون أن تكون لهم

---

(٥) جـ ٢ ص ٢٣٤ .

خبرة فى التجارة ، ولا يجدون من يقدم عمله فقط ، فيكونون شركة من شركات الأموال ينفرد فيها الشريك ذو الخبرة والبصر بمهام العمل فيها .

على أنه يجب ملاحظة ان من الشركات ما تأبى بطبيعتها استقلال أحد الشركاء بالعمل كشركة المفاوضة سواء كانت بالاموال أو الابدان أو الوجوه وذلك عند الحنفية . وكذلك المفاوضة عند الزيدية . اذ أن شرط شركة المفاوضة المساواة فى التصرف ، حتى اشترط الاتحاد فى الدين بين الشركاء حتى تتحقق المساواة فى التصرف[1] .

والفقهاء الذين اجازوا اشتراط العمل على أحد الشركاء وجعلوا ذلك مقابلا بجزء من الربح وجدوا سندهم فى ذلك ، فى شركة المضاربة ، حيث يستقل المضارب (الشريك مقدم حصة العمل) بالعمل فى مقابل نصيب معين من الربح وبذلك تكون الشركة عندهم شركة عنان ومضاربة . وعن ذلك يقول محمد بن الحسن : « .. لانه (الشريك الذى شرط عليه العمل) أخذ فضل الربح بالعمل فصار فيه بمنزلة المضارب .. »[2] .

ويقول صاحب كشاف القناع معبرا عن رأى المذهب الحنبلى فى ذلك : « ... وهى أى الشركة التى وقع العقد فيها على مالين منهما ليعمل فى احدهما بجزء زائد عن ربح ماله ، عنان من حيث أن المال منهما ومضاربة من حيث أن العمل من احدهما فى مال غيره بجزء من ربحه »[3] .

(١) راجع ص ١١ .
(٢) الأمالى ص ٤٢ .
(٣) ج ٢ ص ٢٥٢ .

وهذا الاساس الذى بنيت عليه اجازة انفراد أحد الشركاء بالعمل فى مقابل جزء زائد من الربح ، فى الفقه الاسلامى . نجد انه الاساس الذى ترد اليه شركة التوصية بنوعيها حيث ينفرد الشركاء المتضامنون أو بعضهم بالادارة دون الشركاء الموصين ، فشركة التوصية عنان من ناحية رأس المال ، فهو مقدم من الجميع . ومضاربة من ناحية الادارة اذ يستقل بها البعض .

واما الشافعية وان اجازوا استقلال أحد الشركاء بالعمل دون أن يكون له مقابل من الربح ، فذلك يرجع — كما سبق القول — الى أن الاصل عندهم فى شركات الاموال ان الربح نماء للمال ، ولما كان النماء فرع للاصل فهو يقسم بين الشركاء طبقا لما قدموه من حصص فى رأس المال ودون نظر الى العمل الذى بذل منهم أو من بعضهم متفاوتا عن العمل الذى بذله البعض الاخر .

والمالكية وقد منعوا اشتراط العمل على أحد الشركاء فذلك مرجعه الى عدم جواز الجمع بين العنان والمضاربة عندهم . ويعبر عن ذلك فى المدونة : « ولا يجتمع أيضا عند مالك شركة وقراض »[4] .

ونرى ان مذهب الحنفية فى ذلك ومن سلك مسلكهم من المذاهب الاخرى هو الذى يتفق ومقتضيات العمل ، وتحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم .

المطلب الثانى

ادارة الشركة فى القانون الوضعى

٨٣ — سبق القول ان الحق فى الادارة هو حق للشركاء جميعا . وقد يختص بممارسته

(٤) ج ١٢ ص ٦٠ .

البعض دون البعض الاخر كما هو الحال بالنسبة للشركاء المتضامنين فى شركات الاشخاص ، والشركاء الموصين فيها • وان استمر للجميع حق الاشراف على سير الادارة.

فالاصل أن يكون للشركاء جميعا سلطة مباشرة الادارة ، غير أن المألوف ان يختاروا من بينهم شخصا واحدا أو أكثر يتولى عنهم هذه المهام ، فذلك يعتبر أيسر للعمل وأكثر انتاجا ، ويقف بقية الشركاء من وراء هؤلاء المديرين يوجهون ويراقبون •

ففى شركات الاشخاص يتولى الشركاء عند ابرام عقد الشركة تنظيم مسائل الادارة من حيث اختيار من يقوم بها وتحديد السلطات التى تخول له فى حدود اغراض الشركة وفيما لا يخالف النظام العام •

ولقد تدخل المشرع بنص آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته ، مانعا الشركاء الموصين من القيام بعمل متعلق بادارة الشركة ولو بناء على توكيل (م ٢٨ تجارى) • كذلك تردد وصف الشركاء الموصين بالشركاء الخارجين عن الادارة (م ٣٣ ، ٢٥ ، ٢٦ ت) •

ومنع الشريك الموصى من التدخل فى أعمال الادارة قد يعتبر امتدادا للحظر الوارد على دخول اسمه فى عنوان شركة التوصية • وان كان هذا المنع الاخير — وفقا لبعض الاراء — يعتبر كافيا وحده لتحقيق الغرض المقصود من المنع من التدخل فى أعمال الادارة •

والغالب فى فقه القانون الوضعى [1] ان الحكمة من حرمان الشريك الموصى من القيام باعمال الادارة هى حماية الغير ، الذى قد يخدعه ظهور هذا الشريك فى التعامل باسم الشركة ، فيعتقد أنه من الشركاء المتضامنين المسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة ، فيطمئن الى ما قد يكون لدى هذا الشريك من ثقة أو ملاءة •

على أن هناك من يرى [2] ان هذا المنع مقصود به — بالاضافة الى ذلك — تحقيق رعاية الشركة ذاتها ، اذ ان اتاحة الادارة للشريك الموصى وهو لا يسأل عن تعهداتها الا فى حدود حصته ، قد يكون سببا فى عدم تحرزه واحتياطه من الاندفاع فى عمليات خطرة قد تعرض الشركة فى كثير من الاحيان لعواقب غير مأمونة •

ويرى البعض [3] ان الحماية المقصودة — بالاضافة الى حماية الغير — هى حماية الشركاء المتضامنين وذلك لمسئوليتهم المطلقة عن ديون الشركة ، ولذلك كانت حمايتهم من تصرفات الشركاء الموصين واجبه •

على ان هذا المنع بما قصد به من حماية للغير لا يسلم من الانتقاد [4] ، فادارة الشركة بذاتها لا تدل على اعتبار المدير شريكا متضامنا ، لا سيما وان مدير الشركة قد يكون اجنبيا عنها • ولذلك فهذا المنع يجاوز حدود الحماية المعقولة ، عند اصحاب هذا الانتقاد. ويرون انه يكفى لهذه الحماية ما سبق ان قرره المشرع من حظر دخول اسم الشريك الموصى فى عنوان شركة التوصية ، هذا الى جانب ان

---

(١) محسن شفيق ، الموجز ج ١ بند ٢٤٨ — مصطفى طه ص ٢٩٨ — حسنى عباس بند ١٣٦ — مشرقى ج ١ بند ١٥١ — على جمال الدين بند ١٠٤ . أكثم الخولى ج ٢ بند ٩٩ .

(٢) على يونس بند ١٨٩ — ملش بند ١٢٨ —

(٣) ورد ذكر هذا الرأى فى الموجز لمحسن شفيق ج ١ بند ٢٤٨ والشركات التجارية لعلى جمال الدين بند ١٠٤ .

(٤) البارودى ج ١ بند ١٨٢ .

الشخص صاحب المصلحة اذا كان حريصا فلابد له ان يتحرى أمر الشركة كله ، بما فى ذلك حدود سلطات المدير ومدى مسئوليته، من عقد الشركة المشهر .

ويرد على هذا الانتقاد(٥) بان الحياة التجارية وهى تقوم على السرعة ، لا يتيسر معها للغير ان يرجع الى ملخص عقد الشركة المشهر . وهى صعوبة عملية لا يمكن اهدارها.

ولعل هذا الرأى يقودنا الى التساؤل عن أهمية شهر عقد الشركة اذن ما دامت طبيعة الحياة التجارية تحول دون الرجوع اليه ، وهل لا يبقى للشهر غير اعتباره شهادة ميلاد للشخص الاعتبارى ؟

الواقع ان شهر الشركة له اهميته التى تنبثق عن دوره فى اعلام كل من يهمه الامر باحوال الشركة من حيث النوع ومدى مسئولية الشركاء فيها .

وايما كان الامر فان المنع قائم طالما ان النص القانونى عليه باق ، ولكن يجب أن يقيد بالحكمة المبتغاة منه ، فيقتصر على القدر الذى يظهر فيه الشريك الموصى للتعامل مع الغير » . أما فيما وراء ذلك فيبقى له كل الحق فى المشاركة فى تسيير أمور الشركة ، وكذلك الاعمال الادارية أو الفنية الداخلية .

الادارة فى شركة المساهمة :

٨٤ — تطبيقا للاصل المقرر بحق جميع الشركاء فى المشاركة فى ادارة الشركة ، يكون لجميع المساهمين هذا الحق ، وهم متساوون فى مدى مسئوليتهم عن ديون الشركة ، حيث لا يوجد ذلك النوع من الشركاء الذى يسأل فى أمواله الخاصة عن هذه الديون . الا ان حسن سير العمل يتدخل ليفرض أوضاعا معينة لممارسة الادارة ، اذ لا يمكن أن يشارك — عملا — فى ادارة الشركة جميع المساهمين وهم يكونون عددا ضخما . لذلك ينوب عنهم فى هذه الممارسة ممثلون يتولون سلطة التنفيذ فى الشركة . ويشكل المساهمون جمعية عمومية تتولى الاشراف والتوجيه والمراقبة .

وقد كان نتيجة لفرض حسن سير العمل أوضاعا معينة تكوين مجلس للرقابة يتولى عن الجمعية العمومية مراقبة سير الادارة فيها .

فالجمعية العمومية للمساهمين تباشر بعض دورها فى الادارة حين تنتخب أعضاء مجلس الادارة ثم تباشر الاشراف على هذا المجلس حينما تنعقد ليعرض تقريره عليها وميزانية الشركة وحساباتها الختامية . كما انها تباشر دورها فى الادارة حين تمارس نوعا من الاختصاصات يتميز بدرجة معينة من الخطورة ولذلك أخرج عن سلطات مجلس الادارة . مثال ذلك تقرير عقد القروض باصدار السندات ، وتعديل نظام الشركة من حيث رأس المال زيادة أو انقاصا ، وكذلك من حيث مدة الشركة اطالة أو قصرا ، وتقرير ادماج الشركة فى شركة أخرى . فمثل هذه الاختصاصات تختص بها الجمعية العمومية دون مجلس الادارة وفقا لقواعد نظام الشركة ، والقواعد العامة .

مجلس الادارة : اذا كانت الجمعية العمومية للمساهمين تعتبر صاحبة السلطة العليا فى الشركة ، فان مجلس الادارة هو السلطة التنفيذية فيها ، فيقوم بجميع أعمال

---

(١) مصطفى طه ص ٢٩٩ . اكثم الخولى ج ٢ بند ٩٩ .

الادارة التى يحددها نظام الشركة أو القواعد العامة فى الادارة التى تخول أعمال الادارة والتصرفات التى تتطلبها أغراض الشركة،وفى حدود هذه الاغراض .

على انه يجب ملاحظة ان انتخاب أعضاء مجلس الادارة لم يعد حقا قاصرا على الجمعية العمومية للمساهمين ، حيث ظهر الى جوارها عنصر العمل الذى أصبح له حق التمثيل فى مجلس الادارة . ويتم ذلك عن طريق انتخاب العاملين لاربعة منهم يتولون مع ممثلى عنصر رأس المال ادارة الشركة . وهذا ما استحدث فى مصر بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون ١٤١ لسنة ١٩٦٣ .

عزل اعضاء مجلس الادارة : رأينا ان المديرين فى شركات الاشخاص تتفاوت قابليتهم للعزل[1] ، كما تتفاوت الشروط الواجب توافرها لاجرائه ، وذلك تبعا للكيفية التى تم اختيارهم بها . أما أعضاء مجلس الادارة فى شركة المساهمة فهم قابلون للعزل دائما ، فللجمعية العمومية للمساهمين الحق فى عزل ممثليها فى مجلس الادارة فى أى وقت من مدة عضوية هؤلاء المثلين ، ولا يحول دون ذلك ان يكون هؤلاء الاعضاء معينين فى نظام الشركة ، بل يجوز العزل ولو تضمن هذا النظام النص على سلب الجمعية العمومية هذا الحق (م ٣٤ ت) . ولعل اطلاق هذا الحق للجمعية العمومية يتفق مع ما يختص به مجلس ادارة شركة المساهمة من سلطات تنفيذية واسعة دون أن يكون اعضاؤه مسئولين مسئولية مطلقة أو تضامنية عن ديون الشركة . ويمكن اعتبار اطلاق هذا الحق على هذه الصورة للجمعية العمومية حافزا هاما من حوافز ضمان حسن سير الادارة ودافعا لاعضاء مجلس الادارة الى بذل كل جهد باخلاص وأمانة .

على ان لعضو المجلس الذى يعزل دون وجه حق ان يطالب بالتعويض وفقا للقواعد العامة .

ادارة شركة التوصية بالاسهم :

٨٥ — شركة التوصية بالاسهم وهى — كما سبق القول — صنو شركة التوصية البسيطة، تشبهها من حيث الادارة ، فهذه الشركة تضم نوعين من الشركاء : **الأول** المتضامنون ، **والثانى** المساهمون . فيتولى الادارة شريك أو أكثر من الشركاء المتضامنين ويمتنع على الشركاء المساهمين (الموصين) التدخل فى أعمال الادارة. الا ان هؤلاء الشركاء يظل لهم حق الرقابة والاشراف على أعمال الادارة ويتم ذلك بواسطة جمعيتهم العمومية ومجلس المراقبة. وقد نصت المادة ٥٨ من القانون ٢٦ لسنة ٥٤ على أن يكون لكل شركة توصية بالاسهم مجلس مراقبة مكون من ثلاثة على الاقل من المساهمين أو من غيرهم . وبذلك يجوز أن يكون مجلس المراقبة من الشركاء المساهمين وحدهم أو منهم ومن الشركاء المتضامنين غير المديرين . ويعين أعضاء هذا المجلس فى نظام الشركة كما يجوز تعيينهم بعد ذلك بواسطة الجمعية العمومية للمساهمين ، ويتولى هذا المجلس أعمال الاشراف والمراقبة على أعمال المديرين عن طريق الاطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها ، وجرد الصندوق والاوراق المالية والوثائق المثبتة لحقوق الشركة ، والبضائع الموجودة لديها ، كما يكون لهذا المجلس ان يطالب المديرين بتقديم حساب عن اداراتهم ، وله ابداء الرأى فى المسائل التى يعرضها عليه مديرو الشركة ، وان يأذن باجراء التصرفات

(١) سنعود للكلام عن هذا الموضوع .

التى يشترط نظام الشركة اذن هذا المجلس لاجرائها • ولكن ليس لهذا المجلس ان يتدخل فى أعمال الادارة حيث انها قاصرة على الشركاء المتضامنين •

الجمعية العمومية : تتكون الجمعية العمومية فى هذه الشركة من الشركاء المساهمين وهم الذين يمتنع عليهم التدخل فى الادارة ، وتنطبق على هذه الجمعية القواعد الخاصة بالجمعية العمومية للمساهمين فى شركات المساهمة • ولما كان المساهمون فى هذه الشركة ممنوعين من التدخل فى أعمال الادارة فان هذا المنع يسرى أيضا على جمعيتهم العمومية •

المديرون : يعين مديرو شركة التوصية بالاسهم فى عقد تأسيس الشركة (م ٥٦) •

وكما لا يجوز أن يكون المدير من الشركاء المساهمين ، لا يجوز أيضا أن يكون أجنبيا عن الشركة فالادارة قاصرة على الشركاء المتضامنين وحدهم • وينبنى على ذلك ان الشركاء المتضامنين الذين يختارون للادارة لا يجوز عزلهم باعتبارهم مديرين اتفاقيين — نظرا لاختيارهم فى عقد تكوين الشركة — هذا الا اذا اجمع الشركاء بما فيهم المديرون انفسهم على العزل •

وتنتهى شركة التوصية بالاسهم بموت أحد الشركاء المديرين — الا اذا اتفق على غير ذلك (م ٦٢) •

الادارة فى الشركة ذات المسئولية المحدودة :

٨٦ — يتولى الادارة فى هذا النوع من الشركات مدير أو أكثر من بين الشركاء أو من الاجانب عن الشركة — وكثيرا ما يعين المديرون فى عقد تأسيس الشركة ، كما يمكن ان يتم ذلك باتفاق لاحق • ويعين المديرون بواسطة الشركاء بمقتضى عقد الشركة ، أو باغلبية الاصوات فى الجمعية العمومية للشركاء (م ٨٢) •

ويجوز تعيين المدير لاجل معين كما يجوز تعيينه مطلقا عن التقييد بمدة معينة ، وفى هذه الحالة يعتبر المدير معينا لمدة بقاء الشركة اذا كان هذا التعيين واردا فى عقد تأسيس الشركة، وذلك ما لم يتفق الشركاء بالاجماع على وضع آخر • واشتراط اجماع الشركاء هنا ملحوظ فيه فكرة المدير الاتفاقى فى شركات الاشخاص•

ويجوز عزل المدير اذا كان تعيينه باتفاق لاحق على العقد التأسيسى ، ويشترط حينئذ توافر الاغلبية التى عين بمقتضاها • اما اذا كان معينا فى عقد تكوين الشركة فلا يجوز عزله الا باجماع الشركاء — بما فيهم المدير نفسه — ما لم ينص هذا العقد على أغلبية خاصة •

الجمعية العمومية للشركة :

رأينا ان ادارة الشركة يتولاها عدد من الشركاء وهذا مقتضى القواعد العامة فى شركات الاشخاص ، غير ان المشرع لم يرتض هذا التنظيم البسيط فرأى ان تكون الى جوار المديرين جمعية عمومية تضم جميع الشركاء — على غرار الجمعية العمومية للمساهمين فى شركات المساهمة • وتختص هذه الجمعية بسلطات الادارة التى قد تخرج عن اختصاص المديرين ، وهذه احدى خصائص شركات الاموال •

وما دامت الادارة يتولاها عدد من الشركاء، فيكون من الطبيعى اتاحة حق الرقابة والاشراف لجميع الشركاء • ولكن لما كانت ممارسة هذا

الحق بواسطة جميع الشركاء من شأنه ان يثير العراقيل امام حسن سير العمل فقد نص القانون على ان يعهد بالرقابة الى مجلس مكون من ثلاثة من الشركاء على الأقل وذلك اذا كان مجموع الشركاء أكثر من عشرة (م ١/٧٩) اما اذا كان عدد الشركاء عشرة فأقل فلا حاجة اذن الى هذا المجلس ، اذ أن هذا العدد من القلة بحيث لا يثير قيامه بالاشراف والرقابة ، أو تولى الادارة العقبات التى قد يوجدها العدد الكبير • على انه ليس هناك ما يمنع من اختيار من يقوم بهذه الرقابة عن بقية الشركاء ولو كان عددهم أقل من عشرة ، فيجوز لهم اختيار مجلس لذلك اذا ارادوا ، والأمر على أى حال تركه المشرع لاتفاق الشركاء •

بعد هذا العرض الموجز لادارة الشركات ، والشركاء الذين يمارسون سلطة الادارة ، وقد كان هذا العرض ملتزما جانب توضيح الحق ذاته باعتباره من حيث الاصل لجميع الشركاء ، ثم بيان ما جرى عليه العمل،تنظيما وتيسيرا من قصر ممارسة حق الادارة بسلطاته المتفرعة عليه على بعض الشركاء • بعد ذلك نبحث تكييف الصفة التى يقوم على أساسها المدير فى ادارته للشركة •

تكييف وضع المدير :

٨٧ — رأينا أن الادارة حق لجميع الشركاء سواء فى الفقه الاسلامى أو القانون الوضعى، ولا يرد على هذه القاعدة من استثناء سوى المنع الذى قرره المشرع فى نطاق القانون الوضعى بالنسبة للشركاء الموصين فى شركة التوصية البسيطة والمساهمين فى شركة التوصة بالاسهم ، وقد رأينا ان تفسير هذا المنع يجده غالبية الفقه فى حماية الغير الذى قد يخدعه الظاهر ، اذا تعامل معه الشريك الموصى • كذلك يوجد الاستثناء الذى يقرره الفقه الاسلامى على ذات القاعدة حيث قرر — فيما يشبه الاجماع — منع الشركاء اصحاب حصص المال فى شركة المضاربة من التدخل فى الادارة • على أن حق الشركاء فى تولى ادارة الشركة — كما سبق أن رأينا — تنتهى به الامور التنظيمية الى اختيار أحد الشركاء أو أكثر لتولى الادارة ، كذلك قد يكون هذا المدير غير شريك ، كما صرح به القانون ، وليس ما يمنع ان يكون كذلك فى نطاق الفقه الاسلامى وحينئذ يكون اجيرا •

وقد تعدد الرأى لدى فقهاء القانون الوضعى حول تكييف وضع المدير فى تصرفاته التى يقوم بها للشركة • فذهب البعض الى ان المدير يتعاقد باسم الشركة بصفته وكيلا عنها ، وهو يستمد هذه الصفة من عقد تعيينه مديرا سواء كان ذلك قد تضمنه عقد تكوين الشركة ذاتها أم كان باتفاق لاحق وعلى ذلك تطبق على مدير الشركة القواعد العامة فى الوكالة[1] •

وان كان البعض يفرق فى هذا الصدد بين المدير الشريك الاتفاقى وغير الاتفاقى فالاول ليس مجرد وكيل ، بل هو مفوض فى الادارة، والثانى مجرد وكيل عادى[2] •

الا ان اعتبار المدير وكيلا ترد عليه انتقادات من فريق من الفقه اساسها ان المدير قد يعين بواسطة أغلبية الشركاء فكيف يكون وكيلا — فى هذا الفرض — عن الشركاء الذين لم يوافقوا على تعيينه • كما انه لا يمكن القول ان الشركة باعتبارها شخصا معنويا لها ارادة طبيعية كما هو شأن الشخص الطبيعى ، حتى يكون المدير

(١) راجع هذه الآراء فى الوسيط لمحسن شفيق ج ١ بند ٣١٦ — على البارودى ج ١ بند ١٤٦ .

(٢) على يونس بند ٧٣ — محسن شفيق المرجع السابق .

وكيلا عنها . هذا فضلا عن ان سلطات المدير تختلف عن سلطات الوكيل فللمدير مباشرة هذه السلطات بالرغم من معارضة الشركاء . وهذا وضع يستعصى على القواعد العامة فى الوكالة. ولذلك فهم يرون ان المدير ليس شخصا منفصلا عن الشركة ، بل هو عضو من أعضائها وجـزء منها ، وعنصر من عناصرها داخل فى تكوينها .

ولا تستطيع الشركة ان تزاول نشاطها الا بوساطته ، فاذا عبر المدير عن ارادته هو فى تعامله وادارته للشركة ، فليس ذلك سـوى ارادة الشركة نفسها . ولذلك يرون ان نـص المادة ٥٣/٣ مدنى حين قرر أن يكون للشخص الاعتبارى نائب يعبر عن ارادته انما يتضمن كثيرا من التجاوز [١] .

والحقيقة ان هذا الرأى يمكن أن يعانى من الانتقاد أيضا ، ذلك انه لا يمكن تصـور ان شخص المدير جزء من شخص الشركة وعضو من أعضائها . ولعل أصحاب هذا الرأى قـد تأثروا بالرأى القائل ان الشخص المعنوى له تكوين واعضاء كالشخص الطبيعى ، ولكن هذا التأثر يتضح انه لم يبلغ مدى بعيدا ، ذلك انهم اضطروا الى نفى الارادة عن الشـخص المعنوى توصلا الى نفى علاقـة الوكالة بين الشركة والمدير ، مع ان القائلين بأن الشخص المعنوى له أعضاء كالانسان قالوا أيضا ان له ارادة كارادته .

أما عن الفرض الذى يكون فيه المدير معينا باغلبية الشركاء دون اجماعهم ، ففى الواقع ان أغلبيـة الشركاء تعبر حينئـذ عن ارادة جماعية للشركاء بحيث تتلاشى بعد ذلك ارادة الاقلية نتيجة لالتزام هذه الاقلية باحترام ما ارتضته الأغلبية . فارادة الاغلبية اذن ليست مجرد اضافة ارادة شريك الى ارادة غيره من الشركاء فتكون بذلك مجموعة عددية . بل هى مظهر لارادة جماعية تتميز عن ارادة كل شريك اسهم فى تكوينها وتنفصل تماما بعد ظهورها .

هذه الارادة الجماعية هى فى الحقيقـة الارادة التى يمكن ان تنسب للشخص المعنوى، وعلى هذا فان المدير انما يعبر عن هـذه الارادة وليس عن ارادته هو ، كما انه لا يعبر عن الارادة الخاصـة لكل شريك . هـذا بالاضافة الى ان هذا الرأى لا يعطى تفسيرا لوضع المدير غير الشريك . فهل تنطبق عليه هذه الاوصاف ويعتبر جزءا داخلا فى تكـوين الشركة ؟

ويرى فريق آخر من الفقه ان المـدير ليس وكيلا كما انه ليس عضوا فى جسم الشركة بل هو ممثل لها[٢] . وفكرة التمثيل أكثر وضوحا فى مجال القانون العام ، اما القانون الخاص فهو لا يعرف الا النائب وكيلا كان أو وليا .

وأرى أن مدير الشركة وكيل عنها ولكنـه ليس مجرد وكيل عادى نظرا للسلطات المخولة له والشروط الواجب توافرها فيه ومنها كمال الاهلية ، فهو وكيل من نوع خاص اقتضـته طبيعة الامور فى الشركة . وهو بذلك يخضع للقواعد العامة فى الوكالة مع استثناءات ترد على هذه القواعد تتلاءم مع وضع هذا المدير .

ومدير الشركة كما يراه الفقه الاسلامى هو وكيل عنها ، له وضعه الخاص الذى يخـوله سلطات أوسع مما يخوله الوكيل العـادى . فمدير الشركة فى شركات العنان يقرب كثيرا الى الوكيل العادى ، بينما يبتعد عن هـذا الوكيل العادى الشريك فى شركات المفاوضة وشركات الابدان ، وشركات المضاربة[٣] .

---

(١) من هذا الرأى مصطفى طه ص ٢٥٠ وما بعدهـا

(٢) من هذا الرأى على البارودى بنـد ١٤٦ (ج ١) .

(٣) راجع ما تقدم بند ٩ وما بعده .

الباب الأول :

ماهية حصة العمل

نبذة تاريخية — الحاجة العملية لحصة العمل — تخليصها مما قد يختلط بها أو يقترب منها — تعريف الحصة بالعمل — عناصر التعريف — تقدير نصيب حصة العمل من الربح والخسارة — تقويم حصة العمل — معيار التقويم — صاحب حصة العمل : أمين ووكيل وشريك — طبيعة الالتزام بتقديم هذه الحصة — اكتساب مقدمها صفة التاجر — أهليته .



الفصل الأول :

تاريخ حصة العمل وتمييزها عما سواها

٨٨ — تبين من العرض التمهيدى لأسس نظرية الشركة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، ان الشركة بأنواعها تقوم على عنصرى المال والعمل ، فالشركاء كما يقدمون أموالهم اسهاما فى رأس مال الشركة قد يقدم البعض منهم عملهم منفردا ، أو مقترنا بالمال .

وما يقدمه الشريك من عمل بقصد تكوين الشركة يعرف حديثا بحصة العمل ، فى المقابلة بحصة المال ، نقدا كان أو عينا .

ولكى نصل الى تعريف لحصة العمل نعرض أولا لهذه الحصة من الناحية التاريخية والحاجة العملية اليها ، ثم نميز بينها وبين ما قد يقترب منها أو يختلط بها كما نميز بينها وبين الحصص الأخرى ، حتى تتضح معالم الحصة بالعمل .

المبحث الأول

الحصة بالعمل من الناحية التاريخية والحاجة العملية اليها

٨٩ — لعل التطلع الى الماضى يلقى الكثير من الضوء على الموضوع الذى يكون هذا التطلع اليه من خلاله . كذلك فان تقدير الجهود المبذولة على مر التاريخ فى تطوير نظام معين يحتاج الى النظرة الى هذا النظام من خلال الزمن والمراحل التى مر بها .

واذا كان العمل هو النشاط الفطرى والعادى الذى يبذله الانسان منذ فطره الله تعالى ، لكى يحصل على ما يسد احتياجاته ، فانه سيظل أيضا النشاط الاساسى لقيام الحياة وبقائها ما شاء الله لها أن تبقى .

على أن مظاهر هذا العمل لا شك تتغير من زمن الى زمن ، كما تتغير وسائله وتتطور أساليبه .

وحصة العمل فى الشركات أسلوب من الاساليب التى يبذل بواسطتها نشاط الانسان، وهى بهذه الطبيعة تتصل اتصالا وثيقا بالتجمع البشرى وتطوره ، وعلى هذا فظهور وتطور هذا الاسلوب يرتبط بتطور المجتمعات ، ومن شأن التجمع البشرى أن يؤدى الى استكمال أوجه النقص اتى تبرز فيه سواء كانت متصلة بأفراد هذا التجمع أو بموارده .

وعلى الصعيد الصغير فان تقارب أشخاص قليلين يظهر لهم ما يحتاجه كل منهم ، ثم ما يحتاجه تجمعهم . ولذلك يبدأ كل منهم ببذل ما يستطيع مكملا ما عند زملائه من نقص ، كما يجد هو عندهم ما ينقصه . وهكذا يبذل النشاط أو الجهد من يقدر عليه ، ويبدى الرأى والفكرة من يستطيع ذلك ، ويقدم الأداة من توجد لديه .

ولا شك ان هذا الاسلوب من أساليب العمل قد برز الى حيز الوجود فى محاولة من

محاولات استكمال النقص • فقد توجد الطاقة العملية دون أن يوجد معها المال الذى يمكن استغلاله ، وقد يوجد المال مع افتقاد الطاقة العملية أو الدراية الفنية • فلو ظل كل جانب بعيدا عن الآخر لساد الضرر الجانبين ومن ورائهما المجتمع بأسره ، ولو اجتمعت الطاقتان عمتهما الفائدة ومن ورائهما المجتمع أيضا •

ولا شك أيضا ان التقاء العمل بالمال هو التقاء قديم ضارب فى جذور الزمن ، ولكننا لا نستطيع استقصاء احوال هذا الالتقاء الا من أقرب العصور التى وصلتنا اخبار عنها فى هذا الخصوص •

٩٠ — من أجل ذلك نقف عند شعب من الشعوب القديمة التى عاشت على ضفاف نهر الفرات فى أرض العراق وهو الشعب البابلى ، وعند قانون هذا الشعب الذى سمى باسم أحد ملوكهم هو « حمورابى » ، ويرجع تاريخ هذا القانون الى ما قبل الميلاد بألفى عام[1] ، وقد تضمن هذا القانون بعض الاحكام الخاصة بالشركات التى كانت معروفة لدى هذا الشعب •

« وقد كان أكثرها رواجا نوع يشبه الى حد بعيد شركة المضاربة ••• فكان رب المال يتفق مع شخص يقوم عمله على تعاطى التجارة ، فيقدم له كرأس مال للشركة نقودا أو بضاعة أو قطيعا من الغنم أو الماعز أو الابل • لكن هذه الشركة لم تكن تميز أحيانا عن عقد القرض ، وخصوصا اذا نص العقد على كفالة الشريك المضارب لمال شريكه • كما كانت هذه الكفالة واجبة ولو ضاع المال بسبب قوة قاهرة »[2] •

ونرى فى هذه الصورة جمعا بين عمل من جانب ومال من جانب آخر ، أى أن العمل تميز كحصة فى شركة ، ذلك انه لم يكن يحدد للعامل أجر معين ، يحصل عليه مهما كانت النتائج التى يحصل عليها رب المال • الا أن هذا العقد كما جاء فى قانون « حمورابى » كانت تشوبه عدة عيوب ، فرأس المال اذا قدم فى صورة القطيع من الغنم أو الابل تدخل الجهالة على قيمته ، مما يفضى الى النزاع ، ذلك ان رأس المال قد يزيد دون أى نشاط من جانب الشريك مقدم العمل ، كما فى حالة التوالد ، فهذا النماء يجب أن يضاف الى رأس المال وحده فلا يعتبر ضمن الارباح فيصيب منها الشريك بالعمل ، اذ أن حصول صاحب حصة العمل على نسبة من هذا النماء فى صورة أرباح يعتبر حصولا على مال بدون وجه حق لانه نماء مال تم بعيدا عن نشاطه ومجهوده• وكذلك الامر اذا كان رأس المال سلعا ، فان اسعارها قد تزيد أو تنقص من وقت لآخر دون أن يكون لصاحب حصة العمل دخل فى ذلك — لا سيما وانه لم تكن للشركة وقتئذ شخصية معنوية مستقلة يضاف اليها رأس المال — انما يظل رأس المال على ملك صاحبه وحده •

اما اشتراط الكفالة على صاحب حصة العمل فلا شك مخرج هذا العقد عن أن يكون شركة ، بل هو يعتبر من قبيل القرض الربوى ، لأن الربح الذى يحصل عليه صاحب رأس المال ما هو الا فائدة ربوية ، حيث ان ماله مضمون فى كل من حالى الربح والخسارة •

---

(١) د• عمر ممدوح — أصول تاريخ القانون ص ٦٥ •

(٢) يراجع فى ذلك موسوعة الحقوق التجارية رزق الله انطاكى ونهاد السباعى ص ٢ •

لذلك فان تشبيه هذا العقد بشركة المضاربة فى الفقه الاسلامى تشبيه يقف عند الشكل لا يتعداه ، وهو قيام شخص بالتجارة فى أموال آخر . ولكن قد يقوم شبه بين هذا العقد وعقد المضاربة عند العرب قبل الاسلام . وأيا ما كان الامر فان هذه القواعد انما تعبر عن القدر الذى استطاع أن يصل اليه المنطق القانونى فى ذلك العصر ، وهو منطق لم يستطع أن يفرق بين قواعد عقدين مختلفين ، وان كانت حصة العمل — على أى حال — قد برزت من خلاله .

٩١ — أما **الرومان** وقد كانت نظرتهم الى التجارة كمهنة لا تليق بهم كأسياد ، مانعة من أن تجد الشركات — على الاقل فى العصور الاولى للقانون الرومانى — بصفة عامة ، وحصة العمل بصفة خاصة المكان اللائق بها فى هذا القانون .

على أن الرومان قد عرفوا عقدا يسمى عقد القرض البحرى ، وهو يقرب الى حد كبير من الشركة التى عرفها البابليون ، وان اتسم بالمخاطرة التى تخرجه عن أن يكون عقدا منظما لمشروع تجارى يقوم على أساس اقتسام نتائجه قسمة عادلة .

هذا العقد كان يتعهد بمقتضاه شخص (رب المال) أن يقدم مالا أو بضاعة لشخص آخر (مالك سفينة) ليقوم باعدادها وتجهيزها والابحار بها للتجارة — هذا المال المقدم كان قرضا — على انه لا يكون لرب المال ان يسترد ماله أو يحصل على الجزء المتفق عليه من الربح الا اذا عادت السفينة سالمة . فهذا العقد وان كان عقد قرض الا أن قواعده تختلط ببعض قواعد الشركة فهو يتضمن اتفاقا بتقديم مال من جانب وعمل من جانب آخر . واذا كان القرض مضمونا على المقترض ، الا أن هذا الضمان يسقط فى هذا العقد اذا هلكت السفينة . فاذا وصلت سالمة ولكن هناك خسائر ، لم يعف مالك السفينة من ضمان المال . فكأن رب المال يوطد نفسه على تحمل الخسارة — وهذا من خصائص الشركات — مع ان القرض الربوى يوجب الفوائد مهما كانت نتائج عمل المقترض ، وهو ما يحدث اذا وصلت السفينة سالمة دون تحقيق ارباح .

٩٢ — أما **العرب** ، وهم الذين كانت لهم تجارات مع البلاد المجاورة فقد عرفوا فى جاهليتهم عقدا ، يقدم بمقتضاه شخص مالا لشخص اخر يتاجر له فيه ، فى مقابل جزء مما يتحقق من الربح . على أن هذا العقد لم يكن يحكمه سوى العادات التى كانت سائدة وقت ذاك ، ولم يكن له قواعد محددة واضحة ، فلعل قواعده كانت تختلط بقواعد الوكالة وتتداخل فى قواعد الاجارة . وعلى ذلك كان ما يقدم لصاحب حصة العمل من مال ليستثمره ، لا يشترط فيه ان يكون مالا سائلا بل يجوز أن يكون سلعا أو قطعانا من الماشية والابل لبيعها والشراء باثمانها . ويروى ان النبى صلى الله عليه وسلم قبل البعثة ضارب بأموال السيدة خديجة رضى الله عنها . وقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارته بأموال السيدة خديجة كان وكيلا بأجر لأنها « لم تدفع له مالا يشترى به ، وانما كان مأذونا فى التصرف عنها ببيع أمتعتها فهو كالوكيل بجعل » (١) .

وكذلك قيل انه كان أجيرا (٢) . ولعل هذه الروايات المختلفة تصح أن تكون دليلا على ما

---

(١) حاشية البجيرمى ج ٣ ص ١٦٢ .
(٢) راجع حاشية الشبراملسى بهامش نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ .

قلناه من أن عقد المضاربة لم تكن له قواعد محددة تدخله فى عقود المشاركات ، وتميزه عن غيرها وتحميه من الفساد .

ولما جاء الاسلام رأى أن عقد المضاربة يمكن أن يكون ذا شأن فى الحياة العملية ، فأقره ونظم قواعده .

واطلاق اسم المضاربة على هذا العقد مشتق من الضرب فى الأرض أى السفر والسعى طلبا للرزق ، ويقول الزيلعى من الحنفية : « واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية » (١) . والآية المقصودة هى قول الله تعالى (وآخرون يضربون الأرض يبتغون من فضل الله) (٢).

ويقول صاحب كشاف القناع من الحنابلة : « ويحتمل أن يكون من ضرب كل منهما . بسهم فى الربح » (٣) . كما يطلق عليه (المعاملة) وهو لفظ يشتمل على معنى البيع والشراء (٤).

واستعمال اسم المضاربة لهذا العقد هو استعمال أهل العراق . أما أهل الحجاز فيطلقون عليه اسم (القراض) وهو مشتق من القرض ، أى القطع سمى بذلك لأن المالك قطع للعامل (صاحب حصة العمل) قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح (٥) .

٩٣ — وعقد المضاربة أو القراض وقد أقره الشارع الاسلامى يعتبر المجال الرحب للحصة بالعمل فى نطاق الشركات فى الفقه الاسلامى

(١) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٢ .
(٢) سورة المزمل — ٢٠ —
(٣) جـ ٢ ص ٢٥٩ .
(٤) راجع البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ٨٠ .
(٥) راجع الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٣٠٤ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٨٠ .

ولقد تكلم الكثيرون من علماء الفقه الاسلامى عن أدلة اقرار الاسلام لهذا العقد ، واضفاء المشروعية عليه فمنهم من يرى ان المضاربة قد أجيزت بالكتاب الكريم والسنة والاجماع ونوع من القياس (٦) . ومنهم من يرى ألا كتاب فيه ولا سنة ولكن دليله الاجماع وهو رأى ابن حزم نقله عنه صاحب نيل الاوطار فيقول : « قال ابن حزم فى مراتب الاجماع كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له اصلا فيهما البتة، ولكنه اجماع صحيح مجرد . والذى يقطع به انه كان فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز » (٧) .

ولعلنا نجد فى قول ابن حزم هذا اذ يعترف بان النبى صلى الله عليه وسلم علم بالقراض وأقره ، دليل السنة التقريرية .

ومن العلماء من يرى ان عقد القراض قد أجيز استحسانا على خلاف القياس(٨) . ويعارض هذا الرأى بشدة الامام ابن تيميه فيما نقله عنه تلميذه ابن القيم فى كتابه اعلام الموقعين حيث يقول : « فالذين قالوا المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس ظنوا ان هذه العقود من جنس الاجارة لانها عمل بعوض والاجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، فلما رأوا العمل والربح من هذه العقود غير معلومين قالوا هى على خلاف القياس ، وهذا غلطهم فان هذه العقود من

(٦) البدائع جـ ٦ ص ٧٩ .
(٧) جـ ٥ ص ٢٢٤ .
(٨) البدائع جـ ٦ ص ٧٩ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦١ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٣٠٤ الزيلعى جـ ٥ ص ٥٢ ، وما ينقله الشلبى فى حاشيته بهامش الزيلعى (المرجع السابق) عن الاسبيجابى فى شرح الكافى .

جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة .. (ثم يسترسل ليوضح رأيه فيقسم العمل الى ثلاثة أقسام وذلك بالنظر الى القصد منه) فالعمل قد يكون مقصودا معلوما مقدورا على تسليمه ، وهذه هى الاجارة اللازمة . ولكن العمل قد يكون مقصودا ولكن يتخلف عنه شرط العلمفيكون العقد هنا جعالة، وهى عقد جائز ليس بلازم .. (ثم يشرح النوع الثالث من العمل قائلا) هو ما لا يقصد فيه العمل بل المقصود فيه المال وهو المضاربة، فان رب المال ليس له قصد فى نفس عمل العامل كالجاعل . والمستأجر له قصد فى عمل العامل ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئا لم يكن له شىء وان سمى هذا جعاله بجزء مما يحصل من العمل كان نزاعا لفظيا . بل هذه مشاركة هذا بنفع ماله وهذا بنفع بدنه ، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الاشاعة »[1] .

ومن ذلك يتأكد وجود كيان هذا النوع بين أنواع الشركات اصلا لا استثناء كما ينقل شيخ الاسلام ابن تيمية عن الامام أحمد انه كان يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لانها ثبتت بالنص فتجعل أصلا يقاس عليه وان خالف فيها من خالف ، وقياس كل منهما على الآخر صحيح فان ثبت عنده جواز احدهما أمكن أن يستعمل فيه حكم الآخر لتساويهما[2] .

على أن الاستحسان أصل منأصول الشريعة فلا يوهن من مشروعية هذا العقد أن يكون الاستحسان دليل مشروعيته . هذا بالاضافة الى أن هناك أدلة أخرى عن هذه المشروعية نتكلم عنها فيما يلى .

٩٤ — مايستدل به البعضمن الكتابالكريم

الآية : (وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله)[3] .

الآية : (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله)[4] .

الآية : (ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم)[5] .

يقول الكاسانى فى البدائع بعد ان يورد هذه الايات الثلاث أن المضارب يضرب فى الارض يبتغى من فضل الله عز وجل[6] . والمضارب هو الشريك الذى يقدم حصة العمل .

واحتج بالآية الأولى القاضى أبو الطيب وكذلك الماوردى يستدل بالآية الثالثة ، وهما من فقهاء الشافعية[7] .

وأرى ان الآيات المستدل بها على جواز المضاربة لا تسعف المستدلين فى خصوصية عقد المضاربة ، حيث وردت الآيات الثلاث فى شأن ابتغاء الفضل من الله والسعى وراء الحلال من الرزق وهذا قد يكون بطريق المشاركة كما قد يكون بطريق العمل الفردى .

اما الآية الاولى فلعل تسمية العقد قد أخذت من لفظ (يضربون) الوارد بها ، ولكن هذه

---

(١) ج ١ ص ٣٣٦ وما بعدها .
(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٦٧ .

(٣) سورة المزمل — ٢٠ —
(٤) سورة الجمعة — ١٠ —
(٥) سورة البقرة — ١٩٨ —
(٦) ج ٦ ص ٧٩ .
(٧) راجع أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٨٠ .

الآية الكريمة باللفظ الذى أوردته لا تنهض دليلا على عقد المضاربة بالذات .

وهذا لا يطعن على مشروعية هذا العقد ، فاننا نجد فى رحاب السنة والاجماع وكذلك القيـاس عند البعض ، والاستحسان عنـد البعض الآخر أدلة كافية على مشروعية العقد الذى نحن بصدده ، لا سيما ان السنة الكريمة ما هى الا الوحى الالهى معبرا عنه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٩٥ ــ الاستدلال بالسنة :

من المعلوم ان رسول الله صلى الله عليـه وسلم قد ضارب بمال السيدة خديجة رضى الله عنها قبل البعثة وان كان فعله صلى الله عليه وسلم الواقع قبل ابتغائه لا يقوم دليلا شرعيا الا انه قد يكون هناك وجه للدلالة كما يقول صاحب نهاية المحتاج « انه صلى الله عليـه وسلم حكاه مقررا له بعدها » [١] .

وما يروى من أدلة السنة فى هذا الموضوع هو من قبيل السنة التقريرية [٢] ، فقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبه فان عمل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليـه وسـلم فأجـاز شرطه [٣] .

٩٦ ــ الاستدلال بالاجماع :

تضافرت اثار عديدة تؤكد مشروعية عقـد المضاربة وتؤكد عدم وجود نكير لهذا العقد . وهى آثار عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم ، انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن مسـعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر والسيدة عائشة رضى الله عنها ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم من اقرانهم أحد ، ومثله يكون اجماعا [٤] . وعن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر « انهما » لقيا أبا موسى الاشعرى بالبصرة فتسلفا منه مالا وابتاعا منه متاعا وقدما به المدينة فباعاه وربحا فيه ، وأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا لو كان تلف كان ضمانه علينا فكيف لا يكون ربحه لناء فقال رجل [٥] يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال قـد جعلته قراضا وأخذ منهمـا نصف الربح . أخرجـه مالك فى الموطأ والشـافعى والدارقطنى قال الحـافظ اسـناده صحيح ، قال الطحاوى يحتمل ان يكون عمر شاطرهما فيه كما شاطر عماله أموالهم » [٦] .

وكذلك يروى عن ابن مسعود وعن جابر وعن حكيم بن حزام تعاملهم بالمضاربة [٧] .

---

(١) جـ ٤ ص ١٦٠ .

(٢) روى ابن ماجه فى سننه جـ ٢ ص ٢٣ : « حدثنا الحسن بن على الخلال حدثنا بشر بن ثابت البزاز حدثنا نصر بن القاسم عن عبدالرحمن ابن داوود عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمفاوضات وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع » . وجاء فى نصب الراية ص ٣٢٦ عن هذا الحديث الشريف أن « النسخ مختلفة هل هى المفاوضة بالفاء والواو أو القاف والراء وقد أخرجه الحربى فى غريبة بالعين والراء وفسره ببيع عرض » وعلى هذا لا يمكن الاستناد على هـذا الحديث باعتباره سنة قوليه فى خصوص عقـد المضاربة..

(٣) راجع البدائع جـ ٦ ص ٧٩ ونيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٢٥ .

(٤) البدائع جـ ٦ ص ٧٩ .

(٥) يقال أن هذا الرجل هو عبد الرحمن بن عوف ، أنظر شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٣ ص ١٥٥

(٦) ــ (٧) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٢٥ .

هذا عن الاجماع وقد سبق ان تناولنا موقف القياس ورأينا ما قاله ابن تيمية فى خصوصه ردا على القائلين بأن عقد المضاربة جاء على خلاف القياس • والواقع أن أكثر العلماء يعتبرون المضاربة على خلاف القياس — قياس الاجارة — ونختم ما يتصل بالقياس بقول ابن تيميه : « فليس فى الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا ولكن يخالف القياس الفاسد وان كان بعض الناس لا يعلم فساده »[1] • ولعل هذا الخلاف راجع الى ان من رأى فى شركة المضاربة خلافا للقياس كان نتيجة قياسها على عقد الاجارة ، ومن رأى فيها موافقة للقياس كان نتيجة قياسها على عقد المساقاة أو المزارعة •

وقد وضح ذلك فى كتب الشافعية حيث أنهم قالوا عن المضاربة انها قياس المساقاة ، وانها رخصة لخروجها عن قياس الاجارات[2] •

على انه — كما سبق القول — لا يضير شركة المضاربة ان تكون على خلاف قياس معين لانها اذن استثناء من القواعد وهو أمر مقرر فى الشريعة •

٩٧ — مصالح الناس تقتضى اجازة هذا العقد ذلك أن الناس يحتاجون اليه فى حياتهم وتعاملهم ، لان الانسان قد يكون له المال ولكنه لا يستطيع الاهتداء الى وسائل التجارة الناجحة ، وقد يستطيع أن يهتدى الى التجارة الرابحة ومع ذلك قد لا يكون له من المال نصيب ، فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين ، والله سبحانه وتعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم[3] • بل ان شرع هذا العقد يحقق للمجتمع مصالح قد لا يحققها سواه ، ذلك انه يمنع المال عن الحبس ويمكن من استثماره ، وهذا ما يزيد فى دخل المجتمع ونفعه • هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فهو يرفع من شأن صاحب العمل اذ يخرجه من دائرة الاجراء الى نطاق الشركاء بما فى هذا النطاق من حرية معينة فى العمل وفرصة أكبر لرفع مستوى دخله ، وان كان معرضا من جانب آخر لفقد عوض عمله فى حالة الخسران •

كما ان هذا العقد يجعل العمل مساويا للمال بل هو يرفع من قدر العمل كعنصر من عناصر الانتاج ، اذ جعل الادارة مرتبطة به وليس من حق رأس المال ، فمنع اصحاب حصص رأس المال من التصرف أو اشتراط ما من شأنه ان يقيد سلطة تقدير صاحب حصة العمل ويضيق من نطاق تصرفاته • وقد عنى الفقه الاسلامى بقواعد هذه الشركة عناية بالغة فجعل لحصة العمل شأنا ملحوظا حتى صارت شركة المضاربة — كشركة تجمع طرفى العمل والمال — نموذجا دقيقا للصياغة القانونية الرفيعة ، الخالية من التعقيدات الشكلية التى سادت أغلب القوانين آنذاك • وقدمها الفقه الاسلامى للعالم فى صورة تآخ بين عنصرى المال والعمل ، عجز أن يحقق مثله الكثير من النظم • بل ان هذا الفقه اعتدادا منه بعنصر العمل أجاز نوع شركة تنعقد على العمل وحده يقدم الشركاء فيها أعمالهم حصصا فى مقابل أنصبة من الارباح التى يشاركون فى تحقيقها • وهى شركة الابدان •

---

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٣٦ .

(٢) راجع على سبيل المثال نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى بهامشة ج ٤ ص ١٦١ . وتحفة المحتاج ج ٢ ص ٤١٦ ، حاشية البجيرمى ج ٣ ص ١٦٢ .

(٣) راجع البدائع ج ٦ ص ٧٩ وقد أطلق على ذلك تعبير « نوع من القياس » .

٩٨ ـ **وقد اقتبس الاوروبيون** قواعد شركة المضاربة من العرب فى الاندلس واتخذت أساسا لشركة التوصية التى ظهرت فى القوانين من بعد[1] .وكان أول ظهور شركة التوصية فى قوانين أوروبا سنة ١٦٧٣ ميلادية فى فرنسا بأمر ملكى قرر القواعد الخاصة بها بين رب المال والشريك المتعاقد معه ، ثم أعيد تنظيمها فى قانون التجارة الفرنسى ١٨٠٧ م وقد دخلت هذه الشركة (شركة التوصية) التقنين المصرى سنة ١٨٨٣ م .

ويرى البعض[2] ان أصل هذه الشركة يرجع الى عقد القرض البحرى عند الرومان ويكفينا ردا على ذلك أن نورد ما يقوله الاستاذ دى سانتيلانا : « ان اوروبا اقتبست بالتأكيد بعض نظمها القانونية من قوانين العرب كالمشاركات المحددة (القراض) وغيرها من مسائل القانون التجارى الفنية ، وبلا أدنى شك فان المستوى الراقى الذى بلغته تلك القوانين فى بعض جوانبها أثر تأثيرا حسنا فى رقى الفكر الاوروبى حتى فى خلاف ذلك ، وبذلك سجلت تلك القوانين فضلها الخالد»[3] .

وهذا الاعتراف من أحد علماء الغرب كاف لتأييد ما نقرره من أن شركة التوصية قد اقتبست من شركة المضاربة (القراض) فى الفقه الاسلامى .

وقد تأكدت أهمية العمل كحصة تقدم فى الشركات فى عصرنا الحاضر حتى أخذت تحتل مكانها فى شركات القانون الوضعى وتزحف من شركة الى أخرى .

٩٩ ـ الحاجة العملية للحصة بالعمل :

اذا كان سبب ظهور حصة العمل ـ كأسلوب يؤدى العمل بواسطته ـ هو تطلع عنصر المال الى عنصر العمل ، أو احتياج العمل والخبرة الى المال . فلقد ظل سبب النشأة ، سببا لبقاء وتطور هذا الاسلوب . فالحاجة العملية فى أى مجتمع تبرز موجبة جمع شمل هذين العنصرين على قدم المساواة ، حيث يعز المال على من توفر له الفن والخبرة ، وحين يفتقر صاحب المال الى هذا الفن أو تلك الخبرة والمقدرة على مزاولة النشاط المربح .

وقد لايفى عقد اجارة الأشخاص بما يحتاجه المال من تحقيق لمشروع بذاته ـ على الأقل فى خصوصية عمل معين ـ حيث لا يقبل عنصر العمل أن يكون مجرد أجير ، بل يطلب وضعا متميزا اعتبارا منه ان ما لديه من صفات يخوله هذا الوضع . ويظهر ذلك بجلاء حين يكون العامل هو صاحب الفكرة فى المشروع، كأن يكون صاحب اختراع مثلا . كما ان عنصر المال لا يقبل التعطل اذا وجد المشروع الملائم، ولو لم يقبل صاحبه ان يكون تابعا . أو اذا وجد من يقوم بتنفيذ مشروع ما بكفاءة لاتتوفر عند الغير .

وهكذا يكمل كل من المال والعمل بعضهما بعضا ، فى نطاق علاقة تجمع بينهما دون

---

(١) راجع محمد صالح ـ مجلة الاقتصاد والقانون سنة ١٤ ص ٣٥١ وما بعدها . نفس المعنى محمد حسنى عباس بند ٢ ص ١٠ .

(٢) محسن شفيق ـ الوسيط ج ١ ص٢٢٧، مصطفى طه ص ٢٠٠ ، البارودى ج ١ بند ١٧٦، قارن أيضا على يونس حيث يرى ان أصل هذه الشركة يرجع الى الاغريق بند ١٧٨ .

(٣) راجع بحثه فى كتاب تراث الاسلام ص ٣١٠ .

خصومه أو عداء ، بل تآلف وولاء للمشروع المشترك ومساواة فى الحقوق والواجبات[1] .

المبحث الثانى
تمييز حصة العمل عما سواها

المطلب الأول
مقارنة حصة العمل بما يقترب منها أو يختلط بها

١٠٠ — الحصة بالعمل ، وعمل الأجير :

فى الحالين يوجد التزام بتقديم عمل ولكنهما يفترقان . فالعمل محل الحصة يجب أن يكون عملا ذا أهمية خاصة ، أما العمل المقابل بالاجر فقد يكون كذلك كما قد يكون عملا يدويا عاديا .

وحصة العمل تؤدى للشركة وقد لا يكون للوقت الذى يستغرقه اداؤها يوميا اعتبار ، فى حين ان هذا الوقت فى الأعم الأغلب يعتبر عنصرا جوهريا فى عمل الاجير حتى يكاد ينعقد العقد على وقت معين يوميا يجب أن يبقاه العامل فى مكان العمل ، ولذلك تعنى تشريعات العمل بتحديد عدد ساعات العمل اليومى فى مختلف الأعمال .

ويترتب على هذا الفارق ان صاحب حصة العمل تكون له الحرية بعد أدائه العمل المتفق عليه للشركة ان يزاول اعمالا أخرى ، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف ، وفى هذه الحال يكون هذا الاتفاق موضع الاعتبار بالنسبة لتحديد نصيب حصة العمل من ربح الشركة . أما الاجير فيلتزم بالبقاء فى مكان العمل الوقت المحدد يوميا حتى ولو أنهى ما يكلف به من عمل قبل مضى هذا الوقت . وقد لا يستطيع أن يزاول عملا آخر حتى بعد انتهاء ساعات العمل اليومى لأن قوانين العمل غالبا ما تمنع ذلك .

ومن حيث المقابل للعمل الملتزم به ، ففى حصة العمل يكون جزءا من الربح الذى تحققه الشركة فاذا لم تحقق ربحا سقط مقابل العمل . أما عمل الاجير فمقابل بأجر ثابت يستحقه اذا أدى التزامه دون نظر الى ربح صاحب العمل أو خسارته . وعلى هذافصاحب حصة العمل دون العامل الاجير يسهم فىتحمل مخاطر المشروع .

وقد يشترط صاحب العمل للعامل بالاضافة الى أجره جزءا من الربح الذى يحققه ومع ذلك فلا تتغير صفة هذا العامل . وذلك نظرا للأساس الذى تقوم عليه العلاقة بين العامل ورب العمل اذ أن هذه العلاقة تقوم على أساس تبعية الأول للثانى ، ولذلك فهو لا ينقلب شريكا لمجرد حصوله على جزء من الربح ، لا يراد به الا تنشيط الحافز الانتاجى لديه . وهنا يختلف وضع صاحب حصة العمل عن الاجير اختلافا جوهريا تبعا لاختلاف الرابطة التى تربط كلا منهما بجهة عمله وتحكم نشاطه .

فالعامل يخضع فى علاقته برب العمل لتبعية قانونية فهو يقوم بعمله تحت سلطة رب العمل واشرافه ، فيكون له حق لتوجيه ومراقبة العمل سواء فى طريقة ادائه ، ومدى الكفاءة المطلوبة وكذلك مدى انتاجيته . وهذه الرقابة تتم أولا بأول بحيث تقع على العامل وعمله ،

---

(١) قام مشروع جديد يؤكد الحاجة العملية لحصة العمل وفقا للفقه الاسلامى وهو مشروع بنوك الادخار المحلية اذ قام على أساس من عقد المضاربة وحقق نجاحا كبيرا . ويقوم البنك بدور صاحب حصة العمل . (راجع فى ذلك مجموعة محاضرات معهد الدراسات الاسلامية — النظام الاقتصادى — د. محمد عبد الله العربى . ١٩٦٥ م) .

فى كل ما يؤديه فلا يكون له أى قدر من الحرية فى أداء عمله كما أو كيفا وعلى هذا الاساس يمكن محاسبته عما يصدر عنه من اهمال أو تأخير .

ولقد قيل انه يكفى لتوافر التبعية القانونية تحديد رب العمل لساعات العمل والمحافظة على نظام العمل وتوقيع الجزاءات ، مما يدل بجلاء على قيام شرط الاشراف الادارى من رب العمل على العامل [1] . على ان هذا لا يمنع من توافر الاشراف الفنى الى جانب الاشراف الادارى أيضا ليكونا عناصر التبعية القانونية[2] .

اذا كان هذا وضع العامل ، فان وضع صاحب حصة العمل يختلف عنه تماما فالعلاقة التى تسود بين الشركاء تجاه الشركة هى علاقة الند للند ، فيختفى عنصر التبعية ويحل محله المساواة فى الحقوق والواجبات وهذا ما يعبر عنه بنية المشاركة التى اعتبرها القانون من الشروط الموضوعية الخاصة فى عقد الشركة ولذلك يجب توافر هذه النية لدى كل شريك . وعلى هذا فصاحب حصة العمل يؤدى عمله وهو غير خاضع لسلطة أو اشراف عليه ، فكأنه يؤدى ما يؤديه من عمل لحساب نفسه ، وبذلك فهو يتمتع بحرية واسعة فى أداء عمله .

على أن الأمر لا يخلو من الاشراف أو الرقابة من باقى الشركاء ، ولكن ذلك يدخل ضمن الاشراف العام والمراقبة على سير الامور بالشركة ، فصاحب حصة العمل ان تحرر من الخضوع للرقابة الفورية - فنيا واداريا - ومن توقيع الجزاءات . فانه يخضع بلا شك لنوع من المسئولية التعاقدية والتقصيرية يحمله نتائج اهماله وأضراره بمصالح الشركة .

وهناك اختلاف آخر بين الشريك بالعمل والاجير يتمثل فى نوعية الضرائب التى يخضع كل منهما لها فيما يحصل عليه ، فالشريك بالعمل يخضع فيما يتقاضاه من ربح لضريبة الارباح التجارية والصناعية ، أما الأجير فيخضع لضريبة كسب العمل فيما يتقاضاه من أجر فى مقابلة عمله .

وأخيرا يتمتع الاجير دون الشريك صاحب حصة العمل بالقوانين الاجتماعية كقوانين العلاج والتأمينات والمعاشات .

١٠١ - حصة العمل ، وعمل الأجير فى مقابل جزء من الارباح :

قد يتفق رب العمل مع عامل أو أكثر على أن يكون مقابل العمل نصيبا محددا من الارباح دون أن يكون هناك أجر ثابت محدد . وهذا العقد يعتبر فى الفقه الاسلامى اجارة فاسدة بسبب عدم تحديد الاجر مما يؤدى الى الجهالة المفضية الى النزاع . فاذا تم هذا العقد وجب فسخه لما اكتنفه من فساد ويكون للعامل أجر يقدر بأجر مثله .

ولكن القانون الوضعى يجيز هذا الاتفاق - مع ما فيه من خطورة على العامل - فاذا لم يتحقق الربح لا يكون للعامل الحق فى الحصول على أى مقابل لعمله ، ومع ذلك فلا يعتبر هذا العمل حصة فى شركة ولا يكون للعامل صفة الشريك بل هو أجير بأجر غير محقق[3] .

---

(١) راجع محمد حلمى مراد بند ٢٠٥ . وفتحى عبد الصبور بند ٧١ .

(٢) ظهرت الى جوار التبعية القانونية التبعية الاقتصادية وتقوم على معيار الأجر وعن طريقها يستخلص وجود عقد العمل ، وقد أخذت هيئة التحكيم بمحكمة استئناف القاهرة ، بالمعايير الثلاثة فى قرارها فى النزاع رقم ١٢ لسنة ١٩٥٣ مشار اليه فى حلمى مراد بند ٢٠٩ .

(٣) راجع محمد صالح ج ١ ص ١٧٠ .

وذلك لان العامل هنا تربطه برب العمل علاقة التبعية اذ يقوم بعمله تحت رقابته واشرافه وان ابيح له بعض الحرية فى التصرف ، فيظل خاضعا لما يخضع له العمال من قوانين وقواعد • هذه العلاقة — علاقة التبعية — تختفى تماما فى علاقة الشركاء بعضهم ببعض ، وفى علاقتهم بالشركة ، وتحل محلها نية المشاركة •

١٠٢ — حصة العمال ومشاركة العمال فى الارباح وادارة الشركة :

صدر القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ٥٤ وبموجب هذا التعديل صار للعمال نصيب فى أرباح الشركات التى يعملون بها • كما صدر القانون رقم ١١٤ لسنة ٦١ بشأن تكوين مجالس ادارة الشركات والمؤسسات ونص على تمثيل العاملين بهذه الشركات والمؤسسات فى مجالس ادارتها[١] •

وبذلك يترتب للعمال الحق فى المشاركة فى الارباح والحق فى المشاركة فى ادارة الشركة ، وهما الحقان الاساسيان اللذان يترتبان على صفة الشريك • فهل يعتبر العامل بناء على ذلك شريكا ، ويكون مقدما لحصة عمل ؟

فى الواقع انه بالرغم من اعطاء هذين الحقين للعمال ، الا أن هناك فروقا جوهرية تظل بين هذا الوضع الجديد للعمال وبين حصة العمل •

فالعمال يتقاضون فى مقابل عملهم أجورا محددة ثابتة دون نظر لمركز الشركة ، ربحا أو خسارة • وان كان يترتب على عدم تحقيق الربح فقد العمال لنصيبهم الذى قرره القانون فى الربح[٢] فى حين ان مقدم حصة العمل يفقد كل مقابل لحصته اذا لم تحقق الشركة أرباحا ، فالعمال اذن لا يتحملون مخاطر المشروع ويظلون فى مأمن منها طالما هم يحصلون على أجورهم فى كل الاحوال ، وهذا بعكس صاحب حصة العمل الذى يتحمل مخاطر المشروع ،فيذهب عمله ووقته هباء اذا لم تتحقق الارباح • كذلك فان العلاقة التى تربط العامل بالشركة ، بالرغم من مشاركته فى ادارتها ، والحصول على جزء من ارباحها — هى علاقة ناشئة عن عقد العمل الذى يؤسس هذه العلاقة على رابطة التبعية بين العامل ورب العمل •

ومع ان هذه الرابطة قد اعتورها بعض الوهن فلم يعد لها المظهر التقليدى ، نتيجة لأن الاشراف والرقابة اللذين تتميز بهما هذه الرابطة ، يشترك العمال عن طريق ممثليهم فى مجالس الادارة فى وضع أسسهما وحدودهما عن طريق الاشتراك فى وضع السياسة العامة واللوائح الداخلية لتسيير شئون الشركة • الا أن هذه الرابطة مع ذلك ، لازالت تنتج آثارها التقليدية فيما عدا بعض القيود التى أدخلت على سلطة رب العمل فى فصل العمال

---

(١) وقد صدر القانون رقم ٩ لسنة ٦٤ موسعا لنطاق تطبيق نظام المشاركة العمالية للأرباح .

كما صدر القانون ١٤١ لسنة ٦٣ معدلا فى عدد ممثلى العاملين بمجلس الادارة ، فبعد أن كان اثنين صار أربعة ، وكذلك ازال التفرقة بين العمال والموظفين . وتأيد هذا العدد بصدور قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٦٦ (م ٥٢) .

(٢) وان جاز منحهم جزءا من الأرباح المحققة فى شركات أخرى اذا كانت هذه النتيجة قد تحققت بالرغم من بذل العاملين للجهود المطلوبة، اى أن عدم تحقق الأرباح كان لأسباب خارجة عن ارادتهم .

مثل تكوين اللجنة الثلاثية التى تنظر فى قرارات الفصل وتتكون من ممثل رب العمل وممثل للنقابة ومندوب لوزارة العمل • وما أورده القانون رقم ١٤٢ لسنة ٦٣ من خضوع اعضاء مجلس الادارة المنتخبين عن العمال لاحكام قانون النيابة الادارية والمحاكمات التأديبية • وبذلك نقل حق توقيع جزاء الفصل والايقاف عن العمل بالنسبة لهم الى سلطة التأديب القضائية بدلا من جهة العمل ، فلا يجوز ايقاف هؤلاء الاعضاء أو توقيع عقوبة الفصل عليهم الا بناء على حكم من المحكمة التأديبية • وهكذا يظل الاختلاف قائما بين العلاقة التى تربط الشريك صاحب حصة العمل بالشركة عن تلك العلاقة التى تربط العمال بجهات العمل • هذا بالاضافة الى ان العمل الذى يقدم كحصة فى شركة يشترط أن يكون ذا أهمية معينة ، فلا يجوز أن يكون عملا يدويا عاديا أو تافها • فى حين ان من العمال الذين يشاركون فى الأرباح والادارة من يقدم أعمالا يدوية عادية أو على الاقل ، قليلة الاهمية •

فاذا انتقلنا الى نطاق المسئولية التعاقدية الملقاة على عاتق كل من صاحب حصة العمل كشريك ، وعلى افراد عنصر العمل كعاملين فى شركة ، نجد خلافا آخر سواء من حيث مضمون هذه المسئولية أو مداها •

فمن حيث المضمون يمتنع على صاحب حصة العمل القيام بأى عمل منافس للشركة ، بينما لا يتصور ذلك بالنسبة للعمال •

كما أنه لا يجوز للشريك صاحب حصة العمل الانسحاب من الشركة فى أوقات غير مناسبة ، كما انه قد يترتب على هذا الانسحاب انقضاء الشركة بأسرها • فى حين ان للعامل ان يستقيل من عمله فى أى وقت يشاء ولو اهدر المواعيد التى قررها القانون ، ومن البديهى ان استقالة العامل لا تؤثر على كيان الشركة أو بقائها •

اذن فما هى الطبيعة القانونية للمشاركة فى الأرباح والادارة المقررة للعاملين ؟

على ضوء ما سبق يمكن أن نقرر ان هذه المشاركة هى من قبيل الحوافز التى ترتفع بمعنويات العمال فيرتفع بذلك الانتاج ، اذن فهى « تخلق فى نفس العامل متعة العمل وهى متعة تجعله يرحب بأن ينتج أكثر وأحسن وأن يبذل مجهودا أكبر دون أن يضع نصب عينيه دائما حساب الأجر •• »[1] •

وبذلك تكون المبالغ التى تصر فللعمال من الارباح من قبيل الاجر الجماعى[2] الذى ينظر فيه الى العمال كجماعة تسهم فى الانتاج، وتفيد من ثمراته فتدخل هذه المبالغ فى مدلول الاجر وفقا لما نصت عليه المادة ٦٨٣ مدنى التى عرفت الاجر ، وكذلك المواد الاولى والثانية والثالثة من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ٥٩ •

ولعل مما يؤكد هذه الطبيعة لنصيب العمال فى الارباح ، ان المبالغ التى تصرف لهم بهذه الصفة تخضع لضريبة كسب العمل ، ولا يوهن من ذلك ان النسبة المحددة م نصيب العمال فى الأرباح لصرفها على الخدمات الاجتماعية

---

(١) على البارودى — مقال عن المشروع العام فى مجلة الحقوق السنة ١٣ العددان ٣ و ٤ ص ١٣٩ .

(٢) انظر فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٦٦/٨/٣ .

.. الـخ ، تسرى فى شأنها ضريبة الارباح التجارية والصناعية ذلك أن هذه النسبة لا تعتبر دخلا للعمال .

ننتهى من ذلك الى وجود فوارق جوهرية بين حصة العمل والوضع الجديد للعمال يترتب عليها تميز حصة العمل بخصائص تخرج من حيزها العمل الذى يقدمه العمال .

المطلب الثانى

التميز بين حصة العمل والحصص الاخرى *

١٠٣ - حصة العمل وحصص التأسيس فى شركات المساهمة :

حصة التأسيس هى تلك الحصة التى تعطى حقا فى نصيب من ارباح الشركة ، وتنشأ هذه الحصة فى مقابل خدمات تؤدى للشركة عند تأسيسها ، أو عند زيادة رأسمالها ، كما تنشأ لمكافأة اختراع يقدم للشركة أو التزام حكومى يتنازل لها عنه . وان كان هناك فضل فى ظهور هذا النوع من الحصص فانه يرجع الى شركة قناة السويس ، فهى التى أدخلته نطاق القانون ونطاق العمل ، اذ أصدرت صكوكا بهذا الاسم للحصول على نسبة من الارباح ، مكافأة للسلطات المصرية والفرنسية ولكل من ساهم فى تقديم خدماته لانجاح المشروع .

وقد دأبت شركات المساهمة على اصدار هذا النوع من الحصص فى مقابلة ما يقدم لها من الخدمات أو الاختراعات .

---

* يلاحظ أننا نقصر المقارنة بين الحصص . وحصة العمل فى شركات الأشخاص حيث أن ذلك هو النطاق المسلم به لحصة العمل عند شراح القانون ، ونترك وضع حصة العمل فى الشركات الأخرى لحين بحثه فى الجزء الخاص بنطاق تقديمها .

وفى مصر - منعا للتلاعب - قصر انشاء هذه الحصص على حالات تقديم الاختراع أو التنازل عن التزام حكومى ، وكان ذلك بمقتضى القرار الصادر من مجلس الوزراء سنة ١٩٠٦ .

وقد قنن القانون رقم ٢٦ لسنة ٥٤ ذلك المنع فنص على عدم جواز انشاء هذه الحصص الا مقابل التنازل عن التزام حكومى أو تقديم أى حق معنوى .

ويجب ملاحظة ان الفقه الاسلامى لا يجيز اصدار حصص التأسيس ، اذ أنه حدد ما يصح أن يكون حصة فى الشركة ، وهو المال - نقدا أو عرضا بشروط معينه - والعمل .

وقد ظهرت اخطار حصص التأسيس وعيوبها وتفاقمت مما حدا بعض التشريعات الى الغائها[1] .

فقد كان المؤسسون سعيا وراء تقويم حصصهم العينية فى حرية تامة يطلقون اسم حصص التأسيس عليها قرارا من الخضوع للقيود الخاصة بالحصص العينية وكيفية تقويمها .

وبعد المخاوف التشريعية التى ظهرت دلائلها فى القانون ٢٦ لسنة ٥٤ والتى أوحت بالقيود التى قررت بصدد حصص التأسيس سواء من حيث انشائها أو تداولها ، وكذلك جواز الغائها . قرر قانون المؤسسات والشركات العامة منع انشاء هذه الحصص (م ٤٦) .

---

(١) على سبيل المثال قانون التجارة اللبنانى م ١٠٣ .

على أنه توجد أوجه اتفاق واوجه خلاف بين حصص العمل وحصص التأسيس ، فهما يتفقان فى ان كلا منهما لا يدخل فى تكوين رأس المال، ولذلك فلا يكون لهما نصيب فى اقتسام موجودات الشركة بعد التصفية الا بعد أن ترد قيمة الحصص المالية الى اصحابها • فحق هاتين الحصتين فى الموجودات ينحصر فى فائض القسمة • على ان القانون ٢٦ لسنة ٥٤ قد حرم هذا الحق على حصص التأسيس فى الشركات التى تنشأ فى ظله (م ١٠/٣) •

وتتفق الحصتان أيضا فى انهما تخولان الحق فى نصيب من الارباح الموزعة • وقد وضع القانون ٢٦ لسنة ٥٤ قيدا على حرية الاتفاق على قدر النسبة المخصصة من الارباح لحصص التأسيس ، فالمادة ١٠ فى فقرتها الثالثة تقرر عدم جواز زيادة هذه النسبة على ١٠ ٪ من الارباح الصافية ، وذلك بالنسبة للشركات التى تنشأ فى ظل هذا القانون •

وتختلف الحصتان فيما يلى :

أولا — ان صاحب حصة التأسيس ليس له الحق فى الاشتراك فى ادارة الشركة ، فليس له أن يحضر الجمعية العمومية للمساهمين ، وبالتالى فلا يتمكن من دخول مجلس الادارة • وذلك ما لم يكن مالكا لأسهم فى رأسمال الشركة وحينئذ يشارك فى الادارة باعتباره مساهما وليس صاحب حصة تأسيس •

أما الشريك صاحب حصة العمل فله الحق فى الادارة ، بل غالبا ما يكون هو مدير الشركة، بل ان الفقه الاسلامى يقصر هذا الحق فى شركة المضاربة على الشريك صاحب حصة العمل •

ثانيا — ان صاحب حصة العمل يظل ملتزما باداء عمله طوال فترة الشركة اذ أن حصته ذات طبيعة مستمرة ، فلا يتصور اداؤها فورا • أما صاحب حصة التأسيس فلا يلتزم على مدى قيام الشركة بأكثر مما قدمه عند التأسيس أو عند زيادة رأس مال الشركة •

ثالثا — ان حصة التأسيس دون حصة العمل هى التى يجوز تداولها ، بالرغم من انه ليس للصك الممثل لها قيمة اسمية ، انما يكتفى بالنص فيه على انه يخول الحق فى جزء من الارباح • ويتم تداول هذه الحصة اما بطريق التسليم ان كانت لحاملها أو بطريق القيد فى سجلات الشركة ان كانت اسمية وهى تظل كذلك (اسمية) خلال فترة عامين كاملين من تاريخ صدور المرسوم (القرار الجمهورى) المرخص فى تأسيس الشركة أو تاريخ قيدها فى السجل التجارى اذا كان تأسيسها قد تم بمحرر رسمى • على انه لا يجوز تداولها حتى يتم نشر الميزانية وحساب الارباح والخسائر عن هاتين السنتين (م ١٥ ف ١ و ٢ — ق ٢٦ لسنة ٥٤) •

١٠٤ — تكييف وضع صاحب حصة التأسيس :

شجر الخلاف حول حصص التأسيس وهل تضفى على صاحبها صفة الشريك أم لا ؟

فرأى البعض ان صاحب هذه الحصة هو مجرد دائن وذلك لحرمانه من الادارة ولان حصته لا تمثل جزءا فى رأس المال [١] •

ويرى البعض الآخر ان الرأى الصائب هو اعتبار صاحب حصة التأسيس شريكا ، ويشبهه بصاحب حصة العمل فى شركات الاشخاص من حيث عدم دخول حصته فى رأس المال ، وكذلك

---

(١) من هذا الرأى ملش ص ٥٤ .

يشبهه بالشريك الموصى من حيث المنع الواقع عليه من التدخل فى الادارة دون أن تبعد صفة الشريك عنه [1] ..

على ان من الشراح من لم ير الاخذ بهذا الرأى أو ذاك ، فيرى ان موقف صاحب حصة التأسيس يكتنفه الغموض وينتهى لذلك الى القول بأنه فى مركز خاص [2] .

وأخيرا فهناك رأى يشبه مركز صاحب حصة التأسيس بمركز البائع الذى يتقاضى ثمنا احتماليا غير محدد المقدار ، ويساق سندا لهذا الرأى اعطاء الجمعية العمومية الحق فى الغاء حصة التأسيس بعد أجل معين ، وهذا يتعارض تماما مع اعتبار حاملها شريكا عليه أى وجه من الوجوه ، حتى ولو جعل شريكا بالعمل أو شبه بالشريك الموصى الممنوع من التدخل فى الادارة . كذلك لا يمكن اعتباره دائنا لانه لم يقرض الشركة ما لايجب عليها رده مع فوائده، وانما حقيقة الوضع هى أن حامل حصة التأسيس يدخل فى علاقة معاوضة مع الشركة عند تأسيسها فهو يقدم لها مثلا براءة اختراع وكان يمكن أن تعطيه ثمنا فوريا محددا ولكنها تقدم له هذا الثمن فى صورة نصيب من الارباح يحدد وفقا لقواعد نظام الشركة [4] .

على اننا نرى الغاء هذه الحصص فى سائر الشركات ، وحسنا فعل قانون المؤسسات والشركات العامة ، وحبذا لو سار القانون فى مسلكه بالنسبة لشركات القطاع الخاص ، منعا مما قد يحصل من تحايل أو تدليس وبما أن القانون ٢٦ لسنة ٥٤ قد منع اصدار هذه الحصص الا فى مقابلة حقوق معينة يتنازل صاحبها عنها للشركة فيجب تقويم هذه الحقوق تقويما ماليا لتكون حصة عينية وتخضع لقواعد تقويم هذه الحصص . ولا نسلم القول المدعى به فى صعوبة تقويم هذه الحقوق ، اذ ان النصيب المقرر من الربح لها قد يتضمن أساس هذا التقويم . كذلك يمكن تقدير المقابل الفورى عن طريق احتساب الارباح المتوقعة فى فترة الشركة مع اعتبار حساب الاحتمالات الأخرى ، وبذلك نخلص الى امكانية تقويم الحقوق التى تصدر فى مقابلها حصص التأسيس .

١٠٥ — حصة العمل والحصص المالية (نقدية وعينية)

يتكون رأس مال الشركة من الحصص النقدية والعينية فقط ، ولا تدخل حصة العمل فى رأس المال حيث انها ليست مالا ، وان كانت قابلة للتقويم المالى .

لذلك يكون الحق فى موجودات الشركة عند التصفية للحصص المكونة لرأس المال ، وهى الحصص المالية . فان بقى شىء بعد استيفاء قيمتها وزع على جميع الحصص — أى الحصص المالية وحصص العمل .

ويجيز القانون الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم سوى عمله من المساهمة فى الخسارة بشروط معينة ، وهذا معناه ان الخسائر — بحسب الاصل — تتحملها جميع الحصص مالية كانت أو غير مالية . أما الفقه الاسلامى فلا يجيز أن تحمل حصة العمل بجزء من هذه الخسارة ، أكثر من فقد صاحب هذه الحصة لمقابلها وهو النصيب المتفق عليه من الارباح ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى هذا

---

(١) من هذا الرأى مصطفى طه ص ٤٣٣ .
(٢) محسن شفيق — الوسيط ج ١ بند ٥٤٦ مشرقى ج ١ بند ٢١٩ .
(٣) على البارودى ج ٢ بند ٢٣٧ ، نفس المعنى على يونس ، النظام القانونى للقطاع الخاص والقطاع العام فى الشركات والمؤسسات بند ٨٠ .

الفقه : « الوضيعة على رأس المال » باعتبار ان الخسارة جزء هالك من المال فينقص بمقدار هذه الخسارة نصيب كل شريك فى رأس المال. وعلى هذا وباعتبار ان حصة العمل ليست حصة مالية ، فليس هناك ما ينقص من قدرها • وذلك ما لم تكن الخسارة نتيجة لاهمال صاحب حصة العمل أو تفريطه ، فحينئذ يتحمل نتيجة ذلك فى أمواله الخاصة • •

أما عن الارباح ، فتوزع على الحصص الثلاث — نقدية وعينية وعمل — دون اشتراط التساوى بينها ، انما قد تتفاوت الانصبة فى الارباح الموزعة كما قد تتساوى وفقا للاتفاق الذى ينعقد بين الشركاء ، وذلك لان الربح هو حصيلة المال والعمل معا • مع ملاحظة ان الفقه الاسلامى قد وضع قاعدة فى توزيع الارباح بمقتضاها لا يجوز التفاوت فى الربح بين من تتساوى حصصهم المالية فى الشركة ، ولا يصح مخالفة ذلك عند البعض الا اذا قام من له النصيب الزائد فى الربح بعمل ذلك لحساب الشركة •

ويتم الوفاء بالحصة النقدية عند العقد أو حسب الاتفاق فى شركات الاشخاص ، أما فى شركات الاموال فقد قيدت حرية المتعاقدين اذ يوجب القانون الوفاء بربع قيمة الاسهم على الأقل عند الاكتتاب فى رأس المال وبشرط أن لا يقل المدفوع عن عشرين ألف جنيه بالنسبة لشركة المساهمة ، (م ٦/ ٢ ق ٢٧ لسنة ٥٤) • كما تطلب الوفاء الكامل بالحصص فى الشركة ذات المسئولية المحدودة عند تكوينها ، (م ١/٦٧) •

أما فى الفقه الاسلامى فيجب الوفاء بالحصص المالية عند تمام العقد ، على الخلاف بين مذاهبه فى وقت هذا التمام ، فبينما يراه الحنفية عند بداية النشاط[1] ، يراه الشافعية والحنابلة عند تمام الصيغة[2] ، اما المالكية فقد أجازوا التأخير القصير فى الوفاء بالحصص المالية ، على الا يبدأ النشاط الا عند استكمال رأس المال[3] •

أما الحصص العينية فيجب الوفاء الفورى بها — فى القانون — وذلك سواء كانت هذه الحصص على سبيل التمليك أو على سبيل الانقطاع ، ولهذا يلتزم الشريك بتقديم هذه الحصة عند التأسيس ، هذا اذا كان مقدم هذه الحصة فى شركات الاموال • اما فى شركات الاشخاص فيخضع وقت تقديمها لاتفاق الشركاء يحددونه وفقا لما يرونه مؤديا لصالح العمل فى الشركة •

أما حصة العمل فلا يتم الوفاء بها الا على التعاقب ، وعلى هذا لا يتصور الوفاء الكامل بها عند تأسيس الشركة، والا صارت مجرد خدمة، ولهذا لا يكون الشريك الذى يقدم حصة العمل قد أوفى بها الا عند نهاية مدة الشركة، ولذلك فهى ذات طبيعة مستمرة •

١٠٦ — ولعل الحصص العينية بالرغم من الوفاء الفورى بها الا ان الانتفاع بها لا يكون الا متعاقبا • فان كان تسليم هذه الحصص يتم عند التأسيس ، الا أن الغرض منها لا يتم تحققه فور التسليم • ويتضح ذلك على وجه الخصوص بصدد الحصص العينية التى تقدم لجرد الانتفاع ، حتى ان القانون أوجب تطبيق أحكام الايجار على هذه الحصة • لذلك فان

---

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ٦٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٥ ؛ والمغنى لابن قدامه ج ٥ ص ١٦ .

(٣) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٣٠٧ .

صاحب العين يظل ملتزما بالتمكين من الانتفاع، فيجب عليه القيام بالاصلاحات الضرورية ابقاء على العين صالحة للانتفاع ، وكذلك يظل طوال فترة الشركة ملتزما بضمان التعرض • ويشترك مع صاحب الحصة العينية المقدمة للتمليك أو لأى حق عينى آخر فى ضمان العيوب والاستحقاق • ومن ذلك نجد تقاربا من حيث الانتفاع بين هذه الحصص والحصة بالعمل • وعند انتهاء الشركة ، يسترد صاحب حصة العمل حريته فى التوجيه الكامل لجميع نشاطه ، اذ ينتهى التزامه بتقديم العمل المتفق عليه للشركة ، وكذلك يسترد صاحب الحصة العينية التى قدمها للانتفاع العين موضوع هذه الحصة •

أما الحصة العينية المقدمة على وجه التمليك، فيشترك فى قيمتها[1] سائر الشركاء ، حيث ان ملكيتها قد آلت للشركة كشخص معنوى •

١٠٧ ـ حصة العمل وأسهم التمتع :

قد تستهلك شركات المساهمة بعض اسهمها كوسيلة لتخفيض رأس المال ، فترد قيمة هذه الاسهم الى اصحابها • لكنها قد تعطى اصحاب الاسهم التى استهلكت صكوكا أخرى بدون مقابل ، حتى لا تنقطع صلة الشريك با لشركة ـ اذ الاصل ان من حق المساهم أن يظل مساهما فى رأس مال الشركة وشريكا فيها طوال مدتها ـ فيخول له الحق فى الاشتراك فى التصويت فى الجمعية العمومية للمساهمين وكذلك فى نصيب من الارباح وجزء فى فائض القسمة ، بعد أن ترد قيمة الاسهم التى لم تستهلك ، ومن حيث هذه الحقوق تتفق حصة العمل مع هذه الاسهم ، ولكن هناك خلافا فى مدى الحق المخول من الارباح الموزعة ، اذ ان سهم التمتع لا يستحق نصيبه الا بعد توزيع أولى على الاسهم الاخرى ، فى حين أن حصة العمل تتساوى مع الحصص المالية من حيث أولوية التوزيع ، فلا تتقدمها حصص أخرى •

واذا كانت حصة العمل تتفق مع اسهم التمتع فى انهما لا يمثلان جزءا فى رأس المال ، الا أن صاحب حصة العمل يظل ملتزما بأداء عمله طوال فترة الشركة ، أما اصحاب اسهم التمتع فلا يقدمون شيئا بعد استرداد قيمة أسهمهم التى استهلكت •

وأخيرا فان سهم التمتع قابل للتداول فيمكن لمالكه أن يبيعه أو يتنازل عنه ، بعكس حصة العمل حيث لا تقبل بطبيعتها ان تكون محلا للتداول • ؟

١٠٨ ـ حصة العمل وعمل الشركاء فى شركات الاموال فى الفقه الاسلامى :

يتفق فقهاء المذاهب الاسلامية على ان الشركاء فى شركات الاموال يقومون بالعمل فى الاموال المقدمة منهم كرأس مال لهذه الشركات ، فعقد الشركة يتضمن الاذن فى التصرف لكل شريك فى هذه الأموال • وكل شريك وكيل عن بقية الشركاء وموكل لهم فى ذات الوقت • ولكن هؤلاء الفقهاء يختلفون فى نظرتهم الى العمل الذى يقوم به كل شريك • فبينما نجد المالكية والشافعية وزفر من الحنفية يعتبرون المال العنصر الاساسى فى شركة الاموال وان العمل تابع • وعلى ذلك لا يجعلون لهذا العمل قدرا زائدا من الربح اذا زاد عمل الشريك على نسبة

---

(١) ويكون لمقدمها قيمتها يوم تقديمها ، وهى القيمة التى يحمل فى مقابلها أسهما أو صكوكا تمثل هذه الحصة ، ولا يقال أنه يسترد العين موضوع الحصة العينية بذاتها ، وذلك لأن استغلالها لحساب الشركة طوال مدتها ينقص من قيمتها .

المال المقدم منه • فالشركة شركة أموال والربح نماء هذه الاموال ، فيجب أن يتبع الفرع أصله ولا يجوز أن يتفاوت الربح عن نسبة ما قدمه الشريك من مال ، ولو كان سبب التفاوت هو تفاوت العمل • واذا زاد العمل فاما أن يكون تطوعا من الذى قام به ، والا فسدت الشركة ويكون للاكثر عملا اذا قل ماله ان يرجع على بقية الشركاء بأجر عمله الزائد[1] • فالشركة لا تجوز الا أن يجتمع الشريكان فى العمل يتكافآن فيه على قدر رؤوس أموالهما ، اذن فالعمل الزائد لا يرتقى الى مرتبة حصة عمل متميزة ، لانه لا يجوز عند المالكية الجمع بين الشركة والقراض[2] •

١٠٩ ـ اذا كان الامر كذلك لدى هؤلاء الفقهاء فانه يختلف تماما عند الحنفية والحنابلة ومعهم الزيدية والامامية ، اذ نجدهم يجعلون للعمل وضعا متميزا عن المال المقدم من الشركاء فالربح عندهم ليس نماء للمال وحده ، بل هو نتاج المال والعمل معا • ولذلك أجازوا تفاوت أنصبة الشركاء فى الربح عن نسبة حصصهم المالية اذا كان ذلك بسبب زيادة فى العمل أو تفوق فى خبرة أحدهم فيتميز بها عن الآخرين• وهنا نجد أن العمل قد تميز وصار له حصة من الارباح ـ تقابل القدر الزائد منه ـ تزيد عن الربح الذى يستحقه صاحب العمل المتميز ، عن حصته المالية •

ويجمل ذلك القول محمد بن الحسن فى العبارة الآتية : « •• والربح بينهما على ما اصطلحا عليه لأنه قد يكون احدهما أبصر بالشراء والبيع من صاحبه فيأخذ فضل الربح لفضل البصر فهذا لا بأس به ••• والربح فليس بشىء من مالهما (أى ان الربح ليس جزءا من المال وليس فرعا له) انما هو فضل يكتسبانه فلا بأس بأن يفضل أحدهما صاحبه فى الربح »[3] وهذا لا شك تعبير سليم عن منطق سليم ، فاذا كان المال له نماء فانما يشترك فى سبب هذا النماء عمل يحرك المال • بل ان المذاهب المعارضة لا تهدر مقابل العمل الزائد ، فتجعل له أجره يتقاص فيها الشركاء عما قاموا به من عمل وذلك بعد افساد الشركة اذا لم يكن صاحب العمل الزائد متبرعا به •

وفى الواقع يقف المنطق السليم الى جوار الذين أجازوا تميز العمل بزيادة فى الربح ، اذ فى هذه الاجازة اقرار لاوضاع ارتضاها الشركاء تتفق مع حقيقة ما يقدمون للشركة ، ولا تتعارض مع مقتضاها • فشركة الاموال كما يقول بحق صاحب المغنى : « معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح اذا كان مفردا فكذلك اذا اجتمعا ، واما حالة الاطلاق فانه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط »[4] • وبذلك يتضح أن هناك فرقا بين حصة العمل ، والعمل فى شركات الأموال •

فالاول مقدم فى مقابل جزء من الربح ، اما الثانى فهو عمل من الجميع فى أموال الشركة دون أن يقابل بجزء من الربح زائدا عن الجزء المقرر للمال ، وهو بهذا المعنى تابع للحصة المالية ، فاذا تميز عمل البعض عن البعض الآخر اعتبر هذا الجزء المتميز عند الحنفية والحنابلة والزيدية والامامية حصة عمل زائدة عن الحصة المالية ، اما عند المالكية

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٨ ، والمدونة جـ ١٢ ص ٥٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٦١ .

(٣) الأمالى ص ٤٠ .

(٤) جـ ٥ ص ٢٧ ، ونفس المعنى عند الأمامية فى مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٠٣ ، وعند الزيدية فى البحر الزخار جـ ٤ ص ٩٢ .

والشافعية وزفر من الحنفية فلا عبرة بهـذا القدر الزائد من العمل كما أو كيفا •

وعلى هذا فان العمل فى شركات الاموال اذا تساوى مع قدر الاموال المقدمة من الشركاء فلا يكون له تقدير منفصل ، والى هنا يكون الاتفاق بين جميع المذاهب وأيضا يكون التمايز بين هذا العمل وبين الحصة بالعمل •

ولكن اذا زاد العمل من البعض من حيث الكم أو الكيف كان لهذا الجزء الزائد تقـدير خاص يمكن أن يكون وحده حصة عمل متميزة وزائدة عن العمـل التابع للمـال والمحـدود بقدره ، ولذلك يقابل بنصيب من الربح مستقل عن النصيب المشترط للمال عند من ذكرنا من المذاهب •

١١٠ ــ حصة العمل، والعمل فى شركة الوجوه وشركة الابدان :

تحـكم القواعد السابقة العمـل فى شركة الوجوه وشركة الابدان . عنـد المذاهب التى تجيز هذين النـوعين من الشركات ، الا انه بالنسبة لشركة الوجوه عند الحنفية لا يجوز تفاوت الشركاء فى الربح من مقدار ضمانهم ولو قام بعضهم بعمل زائد ، أو كانت له خبرة تفوق خبرة بقية الشركاء ، وعن ذلك ننقل ما جاء فى أمالى محمد بن الحسن «••واشتراطهما لاحدهما فضل الربح باطل ولا يشبه هـذا الوجه الأول (يقصد شركة الاموال) لان هذين اشتريا بدين وبمال مضمون ولا يأكل أحدهما ربح ما قد ضمنه صاحبه فهذا لا يكون الربح فيه ابـدا الا على قدر الوضـيعة »[١] • وعلى هذا يكون العمل فى شركة الوجوه عند الحنفيـة تابعا للضمان الواقـع على الشركاء لشرائهم بالدين فلا تميز بمقابل خاص يتيح الفرصة لظهور حصة العمل فى هذا النوع من الشركات ، وذلك يتفق وما للضمان الذى يتعلق بذمم الشركاء من أهمية بحيث تطغى عـلى العمل الزائد ، وحتى لا يترتب أن يحصل أحد الشركاء على ربح مال لم يدخل فى ضمانه وذلك ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم •

والزيدية يتفقون مع الحنفية فى ذلك فيقول صاحب البحر الزخار ان شركة الوجـــوه « كالعنان الا ان الربح فيها يتبع المال وان شرط خلافه اذ يؤدى الى ربح ما لم يضـمن فقد نهى عنه »[٢] •

اما الحنابلة فيختلفون مع الحنفية والزيدية فى هذا الخصوص اذ يرون جواز التفاوت فى الربح ، لجواز التفاوت فى العمل الذى يجب ألا يهدر وفى ذلك يقول ابن قدامة : « انهـا شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه فى الربـح كسائر الشركات ، وقول القاضى لا مال لهما يعملان فيـه ، قلنا انمـا يشتركان ليعمـلا فى المستقبل فيما يتخذان اهمهما كما ان سائر الشركات انما يكون العمل فيها بما يأتى :[٣]

وهذا الرأى يتعمق فى صورة هذه الشركة ويمد البصر الى ما وراء الضمان فلا يهدر العمل الزائد الذى يباشر أحد الشركاء مضافا الى ما شغل ذمته من ضمان •

بعد هذا العرض للحصة بالعمل تاريخيـا ومدى الحاجة اليها ، والمقارنة بينها وبـين ما يقترب منها أو يختلط بها • والتمييز بينها وبين الحصص الأخرى يمكن اسـتخلاص تعريف للحصـة بالعمـل بتنـاول عناصرها الاساسية المميزة لهـا •

وهذا ما نتناوله فى الفصل التالى •

---

(١) ص ٤٢ •

(٢) جـ ٤ ص ٩٤ .
(٣) المغنى جـ ٥ ص ٢٧ .

الفصل الثانى :

تعريف حصة العمل

١١١ — « حصة العمل هى ما يلتزم شريك أو أكثر بتقديمه من نشاط ايجابى مفيد ، بنية المشاركة فى تحقيق أغراض شركة ، فى مقابل نصيب من الارباح، مع تحمل نتائج الخسارة» .

يوضح هذا التعريف عناصر حصة العمل وخصائصها بحيث تبرز من خلالها طبيعة هذه الحصة ، ونحلل هذا التعريف الى العناصر الآتية :

(أ) التزام مستمر بتقديم نشاط ايجابى مفيد طوال مدة الشركة .

(ب) نية تحقيق غرض الشركة .

(ج) القصد الى الحصول على نصيب من الارباح مع تحمل مخاطر وقوع الخسارة .

ونتناول هذه العناصر تفصيلا فيما يلى

المبحث الأول

التزام مستمر بتقديم نشاط ايجابى مفيد

١١٢ — يتعهد الشريك الذى يسهم بعمله فى شركة أن يقدم نوع النشاط المتفق عليه فى عقد الشركة ، ولما كانت الشركة من العقود التى تمتد فى الزمان ، أو هى عبارة عن شخص معنوى يعيش فترة من الزمن ، فان حصة العمل يمتد أداؤها أيضا ليشمل مدة حياة الشركة ، ولذلك تتميز الحصة بالعمل بصفة الاستمرار ، حيث يؤدى العمل موضوعها متعاقبا على مر فترات هذه المدة ، ولا يتصور أن يؤدى هذا العمل دفعة واحدة ، فالعمل الذى يؤدى خدمة واحدة يكون مجرد خدمة معينة ، فيخرج عن أن يكون عملا يقصد به انتفاع الشركة ، فلا يكون حصة عمل .

فادارة الشركة مثلا عمل لا يمكن تصور أدائه مرة واحدة ، أو دفعة واحدة ، بل هو عمل يتوالى اداؤه ما بقيت الشركة أو بمعنى آخر فهو يؤدى بصفة مستمرة .

وحصة العمل — كأى التزام مستمر — يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فى تحديدها ، والزمن المعتبر كعنصر جوهرى هو مدة بقاء الشركة سواء كانت محددة أصلا فى عقد الشركة ، أو أن هذه المدة حددت بطريق غير مباشربواسطة تحديد العمل الذى ستقوم الشركة بانجازه . فيخرج بذلك الزمن اليومى — أى عدد الساعات اليومية — عن أن يكون عنصرا جوهريا فى تحديد حصة العمل ، بمعنى انه لا يحدد عددا معينا من الساعات يوميا يؤدى العمل المتفق عليه خلالها ، فالالتزام لا ينصب على وقت معين كل يوم ، بقدر ما هو منصب على اداء يقوم به الشريك . فاذا أداه مهما قصر الوقت الذى استغرقه هذا الأداء ، كان موافيا بالتزامه، بعكس عقد العمل الذى يوجب على العامل أن يبقى فى مقر عمله وقتا محددا كل يوم سواء كان العمل الملتزم به يستنفد كل هذا الوقت أم لا . وان كان العمل قد اظهر صورا لا يكون العامل فيها ملزما بوقت معين ، كما اذا كان

التزامه ينصب على انتاجية معينة ينتجها دون ما نظر الى مدى الوقت الذى تستغرقه • الا ان هذه الصور لا تعتبر أكثر من استثناء يرد على الاصل العام ، وهى بذلك لا تؤثر على الصورة الاصلية لعقد العمل •

ولعل هذه الخصوصية التى تتميز بها حصة العمل هى التى تبيح للشريك الذى يقدم هذه الحصة أن يزاول عملا آخر غير عمله الذى التزم به للشركة • على انه اذا كان ذلك بحسب الاصل فليس ما يمنع ان يتفق الشركاء على أن يخصص الشريك مقدم حصة العمل كل وقته وجهده للشركة ، أو الاتفاق على تحديد وقت محدد يوميا لأعمال الشركة • ومع ذلك يبقى العنصر الجوهرى لتحديد الحصة بالعمل كالتزام مستمر هو مدة الشركة حيث ان هذه الحصة هى احدى الحصص المكونة لعناصر الشركة ، ولا يخرج الوقت اليومى الذى يحدده الاتفاق أحيانا ، عن أن يكون وسيلة من وسائل الاداء •

وباعتبار اداء حصة العمل من الالتزامات المستمرة فتنطبق عليه القواعد العامة فى ذلك • فكل ما تم اداؤه منها لا يمكن اهداره ، شأنها فى ذلك شأن الشخص المعنوى الداخلة فى تكوينه ، فان المدة التى يحياها لا يمكن اهدارها حتى ولو ابطل العقد الذى نشأ بمقتضاه ، لان البطلان فى هذه الحالة لا يمس ما مضى من حياته انما يرد على المستقبل ، ولهذا فكل ما تم يجب اعتباره[1] •

ولهذا الاعتبار تقع تبعة الهلاك على الشريك مقدم هذه الحصة ، ان عجز عن اداء العمل الذى التزم به والمكون لحصته التى دخل بها الشركة ، تحمل تبعة هذا العجز ، فتسقط عنه صفة الشريك اذ لا شركة له بدون ما يقدمه للمشاركة به • ولا تسقط هذه الصفة الا ابتداء من الوقت الذى يعجز فيه عن القيام بأداء العمل • أما قبل ذلك فان صفة الشريك لا يمكن ان تزايله فتبقى له بكل آثارها ، بما فى ذلك ما يتحقق عن نشاط الشركة خلال تلك الفترة، أما الاثار المترتبة على الفترة اللاحقة على عجزه فلا يناله منها شىء لفقده صفة الشريك• ولا تعتبر الحصة بالعمل قد تم اداؤها الا بانتهاء الشركة ، أما قبل ذلك فيعتبر الاداء جزئيا ، فاذا انتهت الشركة قبل الاجل المحدد لها لأى سبب من الأسباب ، حيث لا تكون الحصة بالعمل قد تم اداؤها ، اعتبر هذا الاداء مكونا للحصة وفقا للمدة التى بقيتها الشركة •

ويمكن تفسير ذلك بانه تعديل ادخل على العقد • اما اذا ابطلت الشركة فيكون الجزء الذى تم اداؤه من هذه الحصة داخلا فى تكوين الشركة الفعلية ، التى تترتب على بطلان العقد ، وتعود الاثار الناتجة عنها على جميع الشركاء •

١١٣ — والنشاط موضوع هذا الالتزام المستمر هو تدخل ايجابى من الشريك يترتب عليه الاداء الذى تفيد منه الشركة ، بل هو فى الفقه الاسلامى سعى لتحصيل مقصود الشركة، حتى ان بعض الفقهاء اطلق على العقد الذى يتضمن العمل من شريك والمال من شريك أو شركاء آخرين اسم (عقد المضاربة) ، أخذا من الضرب فى الأرض ، وهو السفر والسعى طلبا للرزق • وهو ابلغ تعبير عن الايجابية المفترضة فى نشاط الشريك صاحب حصة العمل ومجهوده الذى يجب أن يبذله • وهو من ناحية

---

(١) ومن هنا نشأت فكرة الشركة الفعلية التى شيد بناؤها القضاء ، ومن ورائه فقه القانون الوضعى •

أخرى واضح كل الوضوح فى رفض أن تكون حصة العمل مجرد نفوذ ، أو سمعة حسنة ، أو ثقة مالية ، طالما انه لم يصاحبها مجهود يبذله الشريك لصالح الشركة ، بل ان هذا الفقه يقرر صراحة ان الربح لا يستحق الا بعمل أو مال[1] .

ويرى البعض [2] ان الشخص ذا الثقة المالية الذى يسمح بذكر اسمه فى عنوان الشركة ويتحمل المخاطر المترتبة على ذلك دون أن يتعاون ايجابيا يعتبر انه قد قدم حصة كافية، ومع ذلك لم نجد عند هذا الرأى ما يحدد نوع هذه الحصة .

ونرى ان هذا الشخص فى مثل هذه الحالة لم يفعل أكثر من انه منح الشركة ضمانا ، فهو كمن يكفل شخصا لدى الغير . ولا شك ان هذه الكفالة ستكون سببا فى زيادة نشاط المكفول وزيادة فرص نجاحه ، الا أن ذلك لا يكون حصة تدخل فى تركيب رأس المال .

ويرى البعض ان تقديم الاسم التجارى يعتبر من قبيل الحصص العينية[3] . هذا مع ان القانون المدنى قد سلك مسلكا يغاير هذه الاراء ويتفق وما يذهب اليه الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، فقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون ان « المشرع قد قصد ان يقطع برأى فى خلاف قائم فى الفقه والقضاء ، لانه اذا كان من المجمع عليه ان النفوذ الذى يتمتع به رجل سياسى أو موظف عمومى لا يعتبر حصة . الا ان هناك من الفقهاء من يرى ان السمعة التجارية التى يتمتع بها شخص ما تعتبر حصة ويجوز قبولها منه كنصيب فى رأس مال الشركة بغض النظر عن أى مساهمة عينية بل حتى اذا لم يتعهد هذا الشخص بأن يقدم عمله للشركة .... على أننا نرى أن الحصة لا يمكن أن تكون الا مالا أو عملا. واذا كانت السمعة التجارية هى ثمرة العمل والنزاهة فانها مع ذلك ليست بمال فهى لا يمكن تقديرها نقدا وليست قابلة للتملك ولا تعتبر حصة الا اذا انضم اليها مجهود الشخص ونشاطه ... »[4] .

وكان هذا بصدد الفقرة الثانية من المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى التى أصبحت المادة ٥٠٩ ونصها كالاتى : « لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية » . وبذلك يكون القانون المدنى قد حسم الخلاف الذى كان قائما قبله بما لا يدع مجالا لخلاف بعد صدوره . ومن ناحية أخرى يظهر هذا النص مدى اتفاق القانون المدنى مع الفقه الاسلامى الذى يصرح بان الربح لا يستحق الا بمال أو عمل .

المطلب الأول

ماهية النشاط الايجابى

١١٤ — رأينا ان القانون الوضعى يتفق مع الفقه الاسلامى فى ان النشاط موضوع حصة

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى ج ٢٢ ص ٢٨

(٢) مصطفى طه ص ٢٢١ — ٢٢٢ ، ويدخل الأستاذ اسكارا الائتمان التجارى فيما بعدده مما يمكن أن يقدمه الشريك مكونا لحطة العمل. بند ٣/٥٢٢ . نفس المعنى ليون جوليوت وريبير، روديير وروجيه هوان بند ٣٣٥ .

(٣) محسن شفيق — الوسيط (١٩٥١) ج١ ص ٣٤٧ ، على يونس بند ٢٥ . ولعل الدكتور محسن شفيق عدل عن هذا الرأى حيث أن الطبعات التى صدرت بعد ١٩٥١ جاءت خلوا منه حتى كتابة الموجز طبعة ١٩٦٨/٦٧ لم يرد به ذكر شىء بهذا الصدد . بينما يرى الدكتور مشرقى أن السمعة التجارية اذا انضم اليها ما يكون المحل التجارى كان ذلك من قبيل المنقولات المعنوية فتدخل فى الحصص المالية . ج ١ بند ١٠٦ .

(٤) الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٤/٣١٣

العمل يجب أن يكون مجهودا يبذله الشريك ، فالايجابية عنصر هام فى موضوع هذه الحصة. وقد يكون هذا المجهود اداريا أو فنيا ، أو خبرة تقدم لتسيير الامور فى الشركة سواء من حيث المشروع ذاته أو انتاجه أو نوع التجارة التى تزاولها الشركة .

فالمجهود الادارى يتمثل فى ادارة الشركة ومباشرة شئونها الداخلية ، ورعاية تنفيذ سياستها الانتاجية ، ويندرج تحت ذلك اعمال الادارة العادية وكذلك اعمال التصرف المتصلة بهذه الادارة ، كالشراء والبيع فى السلع التى تتجر فيها الشركة أو تنتجها .

والمجهود الفنى هو ذلك النشاط الذى يقدمه المتخصصون فنيا كالمهندسين فى ادارة المصانع وتطوير الانتاج ووسائله .

أما الخبرة فهى تحيط بهذين النشاطين وهى نتيجة لما يكون الشخص قد حصله من علم ومن تجارب عديدة ، مما يجعل لديه مميزات خاصة لا تتوفر لدى غيره . فيقدم الشريك هذه الخبرة سواء مع الممارسة الفعلية للعمل أو بدون هذه الممارسة ، كما اذا اقتصرت مهمته على ابداء الرأى والمشورة وتخطيط برامج العمل ووضع سياسة الشركة ، وارساء القواعد التى تلتزمها فى مباشرة أوجه نشاطها . وعلى ذلك لا يصح أن يكون العمل اليدوى العادى حصة عمل فى شركة .

وتشير أقوال فقهاء الاسلام الى ذلك ومن أمثلتها ما يقوله السرخسى من الحنفية بصدد مشروعية عقد المضاربة : « .. فصاحب المال قد لا يهتدى الى التصرف المربح ، والمهتدى الى التصرف قد لا يكون له مال .. »[1] .

اذن فلابد من أن يكون صاحب حصة العمل ممن يهتدون الى التصرف المؤدى بحسب الاصل الى الربح ، وهذا لا يتوفر الا لدى شخص له فهم خاص بأمور البيع والشراء ، أو التصرف بصفة عامة . ولذلك فالعمل اليدوى العادى أو التافه لا يمكن أن يكون الاهتداء الى التصرف المربح .

وصاحب نهاية المحتاج من الشافعية يقول : « ويتصرف العامل محتاطا .. »[2] ..

ومن الذى يستطيع الاحتياط والحذر فى تصرفاته الا من له الخبرة والدراية على نوع العمل الذى يوكل اليه .

ويقول الباجى من المالكية : « وليس كل احد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله »[3] .

ويقول صاحب كشاف القناع من الحنابلة : « فان النقدين لا تنمى الا بالتجارة وليس كل من يملكهما يحسن التجارة »[4] ..

ويصرح صاحب أسنى المطالب من الشافعية باستبعاد الاعمال المحدودة من نطاق حصة العمل بقوله : « فان قارضه على ان يشترى الحنطة ويطحنها .. لم يصح للاستغناء عن جهالة العوض بالاستئجار ، فانها أعمال مضبوطة .. »[5] فهذا القول يحدد فى صراحة مثالا لاعمال ليست الا اعمالا يدوية محدودة لا مجال فيها لاعمال الفكر ، ولا تحتاج الى خبرات فنية ولا الى قدرات غير عادية ، فهى لذلك يمكن أن يتكفل بها عقد أجارة الاشخاص

---

(١) المبسوط ج ٢٢ ص ١٩ .

(٢) ج ٤ ص ١٦٩ .
(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٥١ .
(٤) ج ٢ ص ٢٥٩ .
(٥) ج ٢ ص ٣٨٢ .

دون عقد الشركة ، وهو الذى يحتاج الى مهارات فنية أو خبرة تجارية كبيرة .

ويبرز التعبير عن الخبرة عند الامام محمد ابن الحسن الشيبانى بصدد كلامه عن توزيع الربح فى شركة العنان بالاموال فى قوله : « .. قد يكون احدهما أبصر بالشراء والبيع من صاحبه فيأخذ فضل الربح لفضل البصر » [1] . وهذا المعنى نجده عند الحنابلة والزيدية والامامية [2] . فنشاط الشريك بالعمل لا يعتبر فى الفقه الاسلامى حصة فى شركة الا اذا كان نشاطا له اهميته المتحصلة من الفهم والدراية والخبرة ، ومن المسئولية التى يتحملها الشريك مقدم حصة العمل حيث يتمتع بسلطة تقديرية فى التصرفات التى يباشرها لحساب الشركة ، فلا يجوز ان يكون هذا النشاط عملا عاديا أو تافها حيث لا تفيد منه الشركة الفائدة التى تتعادل مع صفة الشريك .

ويأخذ القانون الوضعى بهذا النظر فتقرر مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى « ... والمقصود بالعمل هو المجهود الشخصى للشريك تنتفع به الشركة » [3] .

اليس النشاط الذى تنتفع به الشركة ، هو الاهتداء الى التصرف المربح الذى ذكره السرخسى فاغلب الظن ان المقصود بهما متحد، وان اختلف التعبير عنه .

وقد تناول شراح القانون هذا المجهود الشخصى فى كتاباتهم مبينين ان المقصود به هو العمل الفنى كعمل المهندس وادارة المصانع وكالخبرة التجارية فى مشترى الصنف المتجر به وبيعه .. [4] ..

وكذلك رأى القضاء اذ قررت محكمة النقض ان « العمل الذى يصح اعتباره حصة فى رأس مال الشركة هو العمل الفنى كالخبرة التجارية فى مشترى الصنف المتجر به وبيعه ، اما العمل التافه الذى لا قيمة له فلا يعتبر حصة فى رأس المال » [5] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بصدد عمل أضيف الى سمعة تجارية ، بان ذلك يكون حصة قانونية . وتتلخص وقائع هذه القضية فى ان اتفاقا ابرم بين طرفين على أن يقوم أحدهما وهو يتمتع بسمعة تجارية ، بالسعى لدى المصالح المختصة للحصول على تصريح استيراد كمية من بذر الكتان من الهند ، على أن تكون عمليات البيع والشراء بالمحاصة بين الطرفين ، وتوزع الارباح مناصفة بينهما . فقضت محكمة أول درجة بان عقد الشركة شابه البطلان وأسست ذلك على ان حصة أحد الطرفين كانت بمثابة نفوذ يستغله فى الدوائر الحكومية . ولما عرض النزاع على محكمة الاستئناف قضت بالغاء حكم المحكمة الاولى ثم أيدت محكمة النقض الحكم الاستئنافى مستندة فى حكمها الى ان ما قام به الشريك من مجهود لدى الدوائر الحكومية للحصول على تصريح الاستيراد يعتبر حصة قانونية بالاضافة

---

(١) الأمالى ص ٤٠ .

(٢) راجع المغنى ج ٥ ص ٢٧ — والبحر الزخار ج ٤ ص ٩٢ — مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٠٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢١ .

(٤) مصطفى طه ص ٢٢١ ، نفس المعنى محسن شفيق الوسيط ج ١ بند ٢٤٤ على الزينى ج ١ بند ١٦٥ ، على يونس بند ٢٨ ، البارودى ج ١ بند ١١٣ ، مشرقى ج ١ بند ١٠٦ ، الشرقاوى ص ١٥٨ ، أسكارا بند ٣/٥٢٢ ، هامل ولاجارد ج ١ بند ٣٩١ ، لاكور وبوتيرون ج ١ ص ٢٠٠ .

(٥) نقض ٢١ يونيه ١٩٣٣ ، مجموعة القواعد القانونية — ١ — ١٣٥ ص ٢٤٤ .

الى ما يتمتع به من سعة تجارية . فلولا هذا الجهد لاستحال الحصول على التصريح ولما حققت الشركة أغراضها [1] .

والذى يهمنا بصدد هذا الحكم هو تقدير العمل الذى اعتبره — مضافا اليه السمعة التجارية — حصة قانونية . فهذا العمل انحصر فى حقيقته فى السعى لدى الجهات الحكومية بغرض الحصول على تصريح من تصاريح الاستيراد ، فهل هذا العمل هو الذى تقصده المادة ٥٠٥ مدنى وهى تعرف الشركة ، حيث وضعت المال والعمل الذى قد يلتزم بتقديمه الشركاء على قدم المساواة . فبرزت أهمية العمل الذى يقدم كحصة تتكون الشركة بها وبحصص مالية . فالمقصود اذا أن يكون العمل من الاعمال التى تنتفع بها الشركة كما تنتفع بالمال سواء بسواء . فكلا فهما يؤدى دوره وفقا لطبيعته وصولا الى تحقيق أغراض الشركة ، فيفهم من ذلك انه طالما ان المال يؤدى دوره طوال بقاء الشركة فيكون كذلك دور العمل ولهذا قيل دون منازع ، ان الحصة بالعمل لها صفة الاستمرار .

فاذا ما تفحصنا العمل الذى أداه أحد طرفى العقد موضوع الحكم ، نجده لم يتعد دور الوسيط فى الحصول على تصريح الاستيراد ، فهو مجرد خدمة أديت فى فترة سابقة على بدء النشاط ولذلك يمكن أن نشبهها بتلك الخدمات التى يبذلها شخص أو اشخاص عند تأسيس شركات المساهمة ، وكانوا يحصلون فى مقابلها على حصص تأسيس . ويرى البعض انه بعد منع اصدار هذه الحصص فى مقابل الخدمات فليس لمقدميها الا الحصول على مبلغ من النقود يدخل فى نفقات التأسيس [2] .

واذا كانت الخدمة تعتبر من قبيل الجهد المبذول الا أنه لا يتصور اعتبارها عمل يكون حصة ، ولو اضيفت السمعة التجارية اليها . هذا بالاضافة الى ان السمعة التجارية هنا لم يكن لها مجال لدى الدوائر الحكومية الا فى حيز محدود لان التصريح قد صدر باسم طرف العقد الآخر وليس باسم صاحب السمعة التجارية مما يدل على ان دوره لم يكن سوى مجرد الوساطة . وهى لا تحتاج الا الى مجرد نفوذ يبذل للوصول الى نتائجها . فاذا يممنا شطر العمل الحقيقى لوجدناه لا يبدأ الا بعد الحصول على التصاريح ، ومجال هذا العمل عمليات البيع والشراء ، وهذه لم يثبت ان طرف العقد صاحب السمعة التجارية قد أسهم بدور ما فى مباشرتها . اذن فيكون المتصور ان المال والعمل — كما تقصده المادة ٥٠٥ وكما يتفق وطبيعة وضعه فى الشركة — قد قدمهما أحد الطرفين دون الآخر . ؟

وعلى ذلك يكون هذا القضاء فى خصوصية العمل قد أعطاه تكييفا اعتبره محل نظر . اذ لا يصح أن يكون هذا العمل حصة قانونية لانه خرج عن العمل الذى تفيد منه الشركة على مدار حياتها ويكون نتيجة لتدخل ايجابى مستمر للشريك الذى يقدمه .

١١٥ — ويذهب الدكتور السنهورى بصدد حصة العمل وموضوعها الى تفصيل مؤداه ان « .. قد تكون حصة الشريك التزاما بعمل ،

---

(1) نقض مدنى ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ ، المحاماة السنة ٣٤ رقم ٤٩٢ ص ٩٨٩ وما بعدها .

(2) محمد صالح ، شركات المساهمة بند ٤٢٥ ، نفس المعنى على يونس — النظام القانونى للقطاع الخاص والقطاع العام فى الشركات والمؤسسات بند ٣٩ .

وهذا الالتزام على نوعين فهو اما أن يكون التزاما بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة ، واما أن يكون التزاما بالقيام بخدمات معينة تدخل ضمن أعمال الشركة »[1] .

ولنا على هذا الرأى الملاحظات الاتية :

١ ــ ان الالتزام بالتمكين من الانتفاع وان كان يتضمن أعمالا ايجابية الا أن هذه الاعمال ليست هى موضوع الحصة ، فالحصة هنا انما ترد على المنفعة التى تنتفع بها الشركة من عين معينة يقدمها الشريك لهذا الغرض وبذلك يكون شريكا بحصة عينية وليس بحصة عمل .

٢ــ اذا كان القانون المدنى قد جعل الالتزام بالتمكين من الانتفاع التزاما ايجابيا يرتب على مالك العين المنتفع بها أن يقوم بتسليمها صالحة للانتفاع ، ثم يلزمه بعد ذلك بتعهد العين بالصيانة ، اذ ان الصلاحية للانتفاع شرط بقاء وليست شرط ابتداء فقط . وكذلك يلتزم مالك العين أيضا بضمان التعرض والاستحقاق. هذه الالتزامات[2] التى يرتبها التمكين من الانتفاع التزامات باعمال ــ لا شك فى ذلك ــ ولكنها ليست مقصودة لذاتها ، فلا تكون حصة فى شركة اذ ان موضوع الحصة هو انتفاع الشركة بالعين .

٣ــ ما يترتب على الانتفاع والتمكين منه من التزامات وان كانت ايجابية الا ان الحاجة اليها بعد التسليم حاجة احتمالية ، كما هو الحال عند الاحتياج الى الاصلاحات الضرورية، أو منع التعرض أو ضمان الاستحقاق ، ولا حاجة لتدخل مالك العين (الشريك) فى غير ذلك من الحالات . ولذلك فانه من الممكن أن يتم الانتفاع طوال بقاء الشركة دون حاجة لتدخل الشريك لاصلاح العين أو لمنع تعرض .... الخ .

٤ ــ تعتبر هذه الالتزامات تابعة لالتزام أصلى . هذا الالتزام الاصلى هو موضوع الحصة ، وهو يتضمن تنازل الشريك عن الانتفاع بعين معينة الى الشركة ، وتقديمه هذه العين اليها لتنتفع بها ، وتعتبر الالتزامات التابعة ــ أيضا ــ ضمانات لاستمرار الانتفاع فلا يمكن الاعتداد بها كحصة عمل .

٥ ــ ان الاخذ بهذا التفصيل قد ينتهى الى وقوع الخلط بين الحصة العينية المقدمة على سبيل الانتفاع ، والحصة بالعمل ، علما بان الفوارق بينهما جوهرية تتصل بطبيعة كل منهما .

لكل هذا ننتهى الى طرح هذا التفصيل الذى يأخذ به الدكتور السنهورى طالما ان الالتزام بالعمل الذى يقع على الشريك صاحب حصة الانتفاع انما هو تابع لالتزامه بتقديم حصته . وبذلك تخرج تلك الاعمال عن تكوين حصة بالعمل . حيث انها تتكون من المجهود الشخصى الذى يبذله الشريك فى صورة أعمال متصلة بغرض الشركة وتحقيقه ، ويستمر اداء هذه الاعمال ــ بحسب الاصل ــ طوال مدة الشركة .

١١٦ ــ وفى خصوصية ماهية النشاط نبين ما يراه الفقه الاسلامى من التفرقة بين ما يعتبره عملا تجاريا وعملا صناعيا ، وما يكون من هذين النوعين موضوعا لحصة العمل .

فالفقه الاسلامى يفرق فى مجموعه بين التجارة والصناعة ، أو ما يعبر عنه بالحرفة .

---

(١) الوسيط ج ٥ ص ٢٧١/٢٧٢ .

(٢) هى التزامات المؤجر طبقا لنصوص القانون المدنى وهى التى تطبق على الحصة العينية التى يقدمها الشريك للانتفاع طبقا للمادة ٥١١ مدنى .

وجعل للعرف أثره فيما يدخل من أعمال ضمن كل منهما • وهو لذلك يختلف عن مسلك القانون الذى أدخل الصناعة فى المفهوم العام للعمل التجارى ، ويرى البعض ان ذلك يرجع الى ان القانون التجارى نشأ فى وقت لم يفرق فيه علم الاقتصاد بين التجارة والصناعة[1] •

ولعل مسلك الفقه الاسلامى يكون أكثر توفيقا حيث تحتاج الصناعة الى قواعد خاصة بها تلاحق تطوراتها وما ينتج عن هذه التطورات •

وفى التفرقة بين التجارة والصناعة يقول الغزالى من الشافعية : « والتجارة هى الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرفة والصنعة »[2] •

أما عن موضوع حصة العمل ، فباعتبار هذه الحصة فى شركة تجارية يجب أن يكون موضوعها عملا تجاريا ، ويوضح ذلك صاحب نهاية المحتاج بقوله : « ووظيفة العامل (أى الشريك صاحب حصة العمل) التجارة وهى الاسترباح بالبيع والشراء دون الطحن والخبز اذ لا يسمى فاعلها تاجرا بل محترفا •• » ويوضح بعد ذلك ان حصة العمل منوطة بما لا يمكن الاستئجار عليه ولذلك شرعت المضاربة فيقول : « لانه شرع رخصة للحاجة وهذه (الحرف) مضبوطة يتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة »[4] •

ومن المالكية يقول المواق : « قال فى الاستغناء ان أعطى صانعا بيده مالا ليشترى به جلودا ويعملها فما رزق الله بينهما ، لم يجز • قال ابو أيوب فان وقع من غير شرط جاز ، ولا اجارة له • وقال ابن ميسر له اجارة عمله وهو على قراضه كما هو ، وقاله ابن حبيب • أ • هـ • و فى مختصر الوقار يجوز أن يعطيه مالا يعمله حليا ويبيعه والفضل بينهما اذا أخذ الصانع اجرة صناعته »[5] •

هذا النص من الفقه المالكى يوضح أن فى المذهب خلافا حول حصة العمل اذا جمع موضوعها بين التجارة والحرفة : فمنهم من منع ذلك • ومنهم من اجازه اذا فعله صاحب حصة العمل دون أن يكون قد الزم به فى العقد • ومنهم من رأى الا مانع من ان يجتمع كلا العملين ويكون لكل منهما مايقابله ، فالعمل التجارى يكون له النصيب المتفق عليه من الربح ، والعمل الحرفى يكون للشريك عنه اجر • ولابد أن يكون هذا الاجر مستحقا قبل توزيع الارباح •

ويقول ابن قدامة الحنبلى : « فان المضاربة انما تكون بالتجارة والتصرف فى رقبة المال •• (وان كان يجيز الاتفاق على بعض الحرف ويستند فى ذلك على أساس آخر غير عقد شركة المضاربة ويستدل بحديث جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر • فهو يشبه هذه العقود بالمساقاة والمزارعة ويقرر أن أحمد أشار الى ما يدل على تشبيهه لمثل هذه بالمزارعة) فقال لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع »[6]

والذى يعنينا هنا أن التفرقة واضحة بين التجارة والصناعة وان شركة المضاربة عقد

---

(١) محمد صالح جـ ١ ص ٦ •
(٢) الوجيز ص ٢٢١ •
(٣و٤) جـ ٤ ص ١٦٣ •

(٥) التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٦١ •
(٦) المغنى جـ ٥ ص ٨ •

تجارى فيجب أن يكون موضوع حصة العمل نشاطا تجاريا • حتى ان ما أجازه البعض من المالكية من الجمع بين العمل التجارى والعمل الصناعى قد فرقوا فيه بين ما يصح حصة عمل وبين ما لا يصح ، ولذلك قوموا كلا منهما فالصناعة التى يؤديها صاحب حصة العمل يتقاضى عنها أجرا ثم يكون نصيبه فى الربح عن العمل التجارى وهى الحصة التى يشارك بها فى ربح الشركة •

١١٧ — تغير التجارة والصناعة بتغير العرف

ان ما يعتبر من الأعمال تجاريا أو صناعيا يدخل عليه التغيير بتغير الاعراف ، فما يمكن أن يكون من الأعمال صناعيا فى بلد ما ، أو فى زمن ما ، قد يكون تجاريا فى بلد آخر ، أو فى نفس البلد فى زمن آخر • ويتضح ذلك من قول السرخسى : « ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها الثياب ويقطعها بيده ويخيطها على ان ما رزق الله تعالى فى ذلك من شىء فهو بيننا نصفان فهو جائز على ما اشترطا ، لان العمل المشروط عليه **مما يصنعه التجار** على قصد تحصيل الربح فهو كالبيع والشراء »[١] •

ويوضح أثر العرف فى هذا النص الجملة **(لأن العمل المشروط عليه مما يصنعه التجار)** أى مما تعارف التجار على القيام به ، فيدخل ضمن مفهوم العمل التجارى • فاذا لم يكن مما يعمله التجار ، أو تغير عرفهم عنه كان هذا العمل حرفيا وليس تجاريا • ونورد النص التالى للرافعى من الحنفية ايضا لصراحته فى ذكر أثر العرف « فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها ، قال الرحمتى كان هذا فى عرفهم انه

(١) المبسوط ج ٢٢ ص ٥٤ .

صنيع التجار ، وفى عرفنا ليس منه ، فينبغى الا يملكه أ هـ »[٢] •

وعلى ذلك ينظر الى صنيع التجار فى زمن ما أو بلد ما لمعرفة ما يعتبر من الاعمال التجارية وما لا يعتبر كذلك • واعتبر ان مسلك الحنفية فى ترك التفرقة بين العمل الصناعى والعمل التجارى الى العرف السائد هو المسلك المنطقى الذى يتفق وطبيعة العمل ، واحتياجات الحياة العملية •

١١٨ — ولكن هل معنى ذلك ان الفقه الاسلامى يمنع أن تكون حصة العمل عملا صناعيا ؟ بمعنى أنه لايجيزها الا فى التجارة • أرى ان الاجابة تكون بالنفى وذلك للاسباب الآتية :

١ — ما ذكر فى أقوال الفقهاء بصدد الاعمال الصناعية يعتبر خاصا بالصناعات أو الحرف البسيطة ، فكلها أعمال يدوية يمكن تحديدها وضبطها ولذلك كان الاستئجار عليها ميسرا • لكن ليس معنى ذلك أن كل صناعة أو كل فن صناعى يمكن أن يكون مضبوطا بحيث يسهل الاستئجار عليه ، فيستغنى عن جهالة العوض — وهو الربح — بالاستئجار •

٢ — لقد عرف الفقه الاسلامى شركات تقوم على عمل الحرفيين ، وهى شركات الابدان ويطلق عليها أيضا شركات الصنائع • فكأن هناك شركات تجارية وأخرى صناعية •

٣ — يمكن قياس العمل الصناعى الهام على الخبرة والدراية بشئون التجارة ، فقد لا تجد الشركة من تتوفر لديه الخبرة الفنية الصناعية ويقبل أن يكون مجرد أجير ، فتكون الحاجة

(٢) التحرير ج ٢ ص ٢٤١

مجيزة لذلك ، كما هى مجيزة فى التجارة حيث لا يجد ارباب المال من يعمل فى أموالهم اجيرا • وعن ذلك يقول صاحب الفواكه الدوانى من المالكية : « •• وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه فأضطر فيه لاستنابة غيره ، ولعله لا يجد من يعمل فيه بأجره ، فرخص فيه •• » [1] •

اذن فالعلة القائمة هنا موجودة هناك ، وعلى ذلك يجوز القياس •

المطلب الثانى
وجوب أن يكون النشاط مفيدا

١١٩ — وصفت النشاط الذى يمكن أن يشكل موضوع حصة العمل فى التعريف الذى اخترته لها بانه مفيد ، وقصدت بهذا الوصف الاشارة الى ما يقع على عاتق الشريك بالعمل من التزام بالامتناع عن الاضرار بالشركة بواسطة نشاطه • وهذا الالتزام يعتبر بالنسبة للشريك بالعمل جزءا مكونا لحصته ، ولذلك فهو يختلف عن الالتزام العام الذى يلتزم به جميع الشركاء بعدم الاضرار بمصالح الشركة ، فهذا الالتزام الاخير يخرج عن نطاق الالتزام بالوفاء بالحصص ، حيث يأتى تاليا عليه • فالشركاء يقدمون حصصهم المالية عند تكوين الشركة أو بعد ذلك بقليل ، ويعتبر ذلك وفاء بهذه الحصص ، وان بقى على بعضهم بعض الضمانات [2] • ثم يأتى الالتزام بعدم الاضرار من بعد ، مشكلا التزاما آخر غير الالتزام بالوفاء بالحصص •

فالشريك صاحب حصة العمل يختلف وضعه عن سائر الشركاء اصحاب الحصص المالية ، فهو يتحمل معهم الالتزام العام بعدم الاضرار بمصالح الشركة ، لكنه باعتبار ان وفاءه بحصته يستوجب التدخل الايجابى المستمر • فكلما تدخل بمجهوده اعتبر هذا التدخل اداء جزئيا لحصته • لذلك يجب أن يكون هذا التدخل مفيدا للشركة ، وهذا يستلزم بالتالى امتناعا خاصا — بالاضافة الى الامتناع العام — عن اضرار الشركة بتدخله • هذا الامتناع الخاص يكون جزءا من حصته ، وباعتبار ذلك يجب أن يتمحض نشاطه لصالح الشركة • وهذا **ما دعانى الى تقييد النشاط المكون لحصة العمل** بان يكون مفيدا •

وعلى ذلك يمكن القول بان حصة العمل تتضمن التزامين : احدهما التزام بالقيام بعمل ، والاخر التزام بامتناع عن عمل •

فالالتزام الاول يوجب اداء العمل المتفق عليه ، والالتزام الثانى يوجب الامتناع عن أن يسبب هذا الاداء أى ضرر للشركة • فالحاق الضرر بالشركة ليس فقط بالعمل خارج نطاق الشركة لحساب الشريك أو لحساب غيره كما يرى البعض [3] ، بل ان الضرر قد ينبعث أيضا من ذات العمل الملتزم به ، والمكون للحصة • فلو ان الشريك صاحب الحصة بالعمل تسبب فى اضرار الشركة وهو يؤدى حصته ، لا يكون موفيا بالتزامه بأداء هذه الحصة ولو لم يقم بعمل منافس ، خارج نطاق الشركة ، لان نشاطه المكون لحصته يجب أن يترتب عليه فائدة للشركة • وهذه خصوصية تتميز بها حصة العمل عن الحصص الأخرى •

كما انه اذا ترتب على مزاولة الشريك صاحب

---

(١) جـ ٢ ص ٣٠٤ .

(٢) كما فى الحصص العينية .

(٣) اسكارا بند ٣/٢٢٥ « ان تحقيق حصة الشريك بالعمل يقوم على وجه التحديد فى عدم منافسة الشركة واعطائها كل نشاطه » .

حصة العمل – لحسابه أو لحساب آخرين – نشاط من نوع النشاط الذى يقدمه كحصة ؛ ضررا للشركة اعتبر ذلك اخلالا بالتزامه الخاص بالوفاء بحصته . وان كان هذا النشاط يؤدى خارج نطاق الحصة الا أنه يجب اعتباره داخلا فى تكوينها حيث أن هذه الحصة لا يتم الوفاء بها الا مع انتهاء الشركة ، وان مزاولة نفس نوع النشاط المكون لمضمون حصة العمل فى خارج نطاق الشركة ، اذا ترتب عليه ضرر للشركة فيه مساس بكيفية أداء الشريك مقدم حصة العمل . وفى ذلك تختلف الحصة بالعمل عن الحصص الاخرى .

وعلى هذا يفرق فيما يتعلق بالحصة بالعمل بين الفروض التى يحصل فيها الضرر للشركة بواسطة ذات النشاط المؤدى لحسابها ، أو بواسطة نشاط من نوع هذا النشاط يؤدى لحساب الغير ، وبين الفروض التى يحصل فيها الضرر للشركة بواسطة نشاط يغاير تماما نوع النشاط موضوع الحصة بالعمل . فالفروض الاخيرة هى وحدها التى تدخل ضمن الالتزام العام الذى يحمل به الشركاء جميعا بعدم القيام بالاضرار بمصالح الشركة (م ١/٥٢١ مدنى) .

أما الفروض الاولى فهى تدخل فى تكوين الحصة بالعمل وعلى ذلك يحكمها الالتزام الخاص بالامتناع عن الاضرار .

١٢٠ – هذا هو مضمون حصة العمل كما أتصوره ، التزامان متضادان من حيث المظهر ولكنهما فى الحقيقة يكمل احدهما الاخر ويتممه ، وينفذان فى وقت واحد ، وبسلوك واحد .

وقد يؤيد هذا النظر ما جاءت به الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى من وجوب تقديم الشريك بالعمل حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذى قدمه حصة له . وان كانت هذه الفقرة قد أثارت خلافا حول المقصود منها، وهو خلاف بدأ مبكرا، حيث صاحب النص منذ مناقشات الاعمال التحضيرية . ففى لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ اقتراح بعض السادة المستشارين بمحكمة النقض حذف عبارة (وان يقدم حساب ..) وجاء فى ملحق تقرير اللجنة عن هذا الاقتراح ، « واقتراح حذف عبارة (وان يقدم حسابا عما يكون قد كسبه ..) الى آخر الفقرة الأولى من المادة ٥١٢ لان فعل الشريك فى هذه الحالة يكون مخالفا لالتزامه وموجبا مساءلته بالتعويض فلا يكون ثمة محل لايراد النص . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لانه مبنى على فهم غير صحيح للنص ، فالمقصود ليس حالة الشريك الذى يقدم نصيبه فى الشركة عملا ثم يعمل لحسابه لا لحساب الشركة ، بل المقصود حالة الشريك الذى يعمل لحساب الشركة فيقدم لها حسابا عن عمله » [١] .

ومع ذلك فقد ظل هذا النص مفسرا عند البعض على خلاف ما قصد منه ، أى حالة الشريك الذى يعمل لحسابه لا لحساب الشركة. فيقول الدكتور محسن شفيق « ومتى كانت حصة الشريك عملا فنيا فلا يجوز له ان يباشر ذات العمل لحسابه الخاص ، اذ يترتب على ذلك حتما منافسة الشركة ، فاذا خالف الشريك هذا الحظر وباشر العمل لحسابه الخاص وحصل منه على كسب كان من حق الشركة ويتعين عليه أن يقدم لها حسابا عنه » [٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٤ .
(٢) الوسيط ج ١ بند ٢٤٤ ، نفس المعنى محمد حسنى عباس بند ٢٤ .

ويرى البعض ان الحساب يجب أن يقدم عن مزاولة النشاط الذى يترتب عليه المنافسة ولو لم تكن هذه المنافسة بواسطة ذات العمل موضوع الحصة ، اذ ان معنى النص عندهم انه اذا كان الشريك يزاول تجارة تعتبر منافسة لتجارة الشركة وحصل منها على ارباح وجب أن يقدم حسابا عن هذه الأرباح [1] . اذن فالمقصود كما يبين من أقوال هؤلاء الشراح ان العمل الذى يقدم عنه الحساب هو العمل لحساب الشريك وليس العمل المؤدى لحساب الشركة ، وهذا على خلاف ما أورده ملحق تقرير لجنة القانون المدنى سابق الاشارة اليه.

بينما ينفق البعض فى تفسيره لهذا النص مع ما جاء فى هذا التقرير فيرى ان الشريك بالعمل يجب أن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه لذمتها (أى ذمة الشركة) من وقت قيامها من جراء مزاولة العمل الذى قدمه حصة فيها [2].

ويرى الدكتور البارودى ان هذه المسألة يحسمها الاتفاق ، ولكن هذا الشريك يلتزم فى جميع الاحوال الا يقوم بمنافسة الشركة اذ أن ذلك يتعارض مع التعاون الذى تقتضيه نية الاشتراك ذاتها [3] .

١٢١ — على ان المطلوب وفقا لنص الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى أن يقدم الشريك بالعمل حسابا للشركة عن الاعمال التى يؤديها لحسابها لا تلك التى يؤديها لحسابه الخاص أو لحساب الغير ، وذلك لأنه هذا الشريك اذا عمل لحسابه أو لحساب الغير فى نوع النشاط موضوع الحصة ، يخرج من نطاق المقصود من هذا النص مع اننا اعتبرنا ذلك مخلا بالوفاء بحصته اذا ترتب عليه ضرر للشركة ، أما اذا كان العمل لحسابه الخاص أو لحساب الغير ، متماثلا فى نوع نشاط يخالف موضوع الحصة فانه حينئذ يدخل فى نطاق الالتزام العام الذى يقع على عاتق جميع الشركاء بعدم الاضرار بالشركة . ولذلك كانت له الحرية فى مزاولة هذا النشاط ولا قيد عليه الا قيد عدم الاضرار ، أو الاتفاق على عدم قيام هذا الشريك بأى نوع من أنواع النشاط لاى جهة أخرى غير الشركة .

فنص الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى اذن قد أورد التزاما خاصا ، ولو لم يكن كذلك لما كانت هناك حاجة اليه ، اكتفاء بالالتزام الذىأورده نص المادة ١/٥٢١ مدنى، والقواعد العامة ، وهو ما أوضحته الاعمال التحضيرية للنص .

١٢٢ — فى الواقع ان مثل هذا الالتزام الخاص له ما يبرره ، فهو يتعلق بعمل الشريك الذى يكون حصته وفى ذات الوقت يمكن أن يشكل هذا العمل ضرر للشركة .

ولعل هذا النص بما يفرضه من التزام بتقديم حساب ، يحدد كيفية الوفاء بحصة العمل ، أو بمعنى آخر لعله يحدد مقاييس اداء هذه الحصة .

فهو من ناحية وسيلة لتحديد كفاية العمل الذى يؤديه الشريك ، كما انه من ناحية أخرى وسيلة لمنع الكسب الخاص من ذات العمل المؤدى لحساب الشركة . ذلك انه عن طريق الحساب الذى يقدمه الشريك صاحب حصة العمل عن الاعمال التى يؤديها تباعا للشركة ، يتبين مدى كفاية هذه الاعمال ، وهل تفى بحاجة الشركة من حيث الكم أو الكيف ، وهل

(١) مصطفى طه ص ٢٢٢ ، فريد مشرقى ج بند ١٠٦ .

(٢) على يونس بند ٢٨ ، السنهورى الوسيط ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٣) ج ١ بند ١١٣/ج .

هى فعلا ما اتفق عليه بان يكون موضوع حصة هذا الشريك .

ويفيد هذا الحساب الشركة اذ يجعلها باستمرار على صلة بما يؤديه الشريك بالعمل لحسابها ، وهذا يجنبها نتائج أى مفاجأة . وهو — بالاضافة الى ذلك — وسيلة فعالة حتى لا يحصل هذا الشريك على أى جزء من الارباح التى تنتج عن عمله الذى التزم ان يقدمه كحصة له ، اذ لا حق له فيه ، فهو حق خالص للشركة .

١٢٣ — وهكذا نجد فى هذا النص مؤيدا لما نذهب اليه من ان لحصة العمل خصوصية تتميز بها عن سائر الحصص الاخرى ، فهى — كما رأينا — تتضمن التزامين احدهما يوجب على الشريك أن يؤدى ما تعهد به للشركة من نشاط ، والثانى يوجب عليه ان لا يسبب اضرارا للشركة بواسطة ادائه لذات النشاط .

ولعل ما أدى ببعض الشراح الى القول بان الحساب الذى يقدم انما يكون عن الاعمال التى يؤديها الشريك لحسابه الخاص ، ان النص قد نسب الكسب الى الشريك لا الشركة وذلك حين قال « وان يقدم حسابا عما يكون قد كسبه .. » فهو يوحى أن الشريك قد حقق كسبا من عمل خاص بنفسه ، وهذا لا يتصور الا أن يكون الشرك قد قام بهذا العمل خارج نطاق الشركة ، لان أى كسب يحققه هذا الشريك عن طريق العمل لحساب الشركة لا يعتبر كسبا خالصا له ، فاذا استولى عليه يكون قد حصل على ما ليس له حق فيه . ولهذا لو ان النص قد نسب الكسب للشركة ، أو عدل ليكون الحساب المقدم ، عن العمل وليس عن الكسب ، وهو ما جاء فى ملحق تقرير لجنة القانون المدنى (فيقدم لها حسابا عن عمله) لكان النص أكثر توفيقا ، ولما سبب اقتراح حذفه أو على الأقل اختلاف الشراح فى تفسيره .

١٢٤ — ولعل السبب فى هذه الصياغة للنص الذى يوحى بما يخالف ما جاء فى الاعمال التحضيرية ، صياغة النص المأخوذ عنه . فقد ذكرت مذكرة المشروع التمهيدى ان هذا النص قد اقتبس من نص المادة ٨٦٠ من التقنين اللبنانى[1] .

ونص هذه المادة يقرر « ان الشريك الذى التزم تقديم صنعته يلزمه أن يقوم بالاعمال التى وعد بها وان يقدم حسابا عن جميع الارباح التى جناها من تاريخ ابرام العقد بواسطة تلك الصنعة التى هى موضوع الشركة » .

ويلاحظ ان هذه الفقرة من المادة ٨٦٠ لبنانى قد نسبت الارباح للشريك وليس للشركة ، على انه يمكن القول ان صياغتها قد تحتمل وجوب تقديم الحساب سواء كان الشريك يقوم بالعمل لحسابه أو لحساب الشركة ، اذ يشمل الحساب المطلوب تقديمه جميع الارباح التى يجنيها الشريك بواسطة تلك الصنعة التى هى موضوع الشركة . فاى مزاولة لهذه الصنعة — طبقا لتعبير هذه المادة — يجب تقديم الحساب عن أى ربح ينتج عنها ، سواء كانت هذه المزاولة لحساب الشريك أو لحساب الشركة أو لحساب الغير . وسوء كانت مزاولة النشاط لحسابه الخاص فى وقته الخاص ، أو فى الوقت المخصص للشركة ، وذلك فى حالة الاتفاق على وقت معين يخصص لاعمال الشركة .

ولتوضيح مسلك التقنين اللبنانى الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٢ .

اقتبس منه المشرع المصرى نص المادة ١/١١٢ مدنى نستعين بالمادة المقابلة لنص هذه الفقرة فى التقنين الفرنسى ، وهى المادة ١٨٤٧ مدنى وتنص على ان « الشركاء الذين يتعهدون بتقديم صناعاتهم للشركة يجب عليهم تقديم حساب لجميع الأرباح التى يحققونها بواسطة نوع الصناعة التى هى موضوع هذه الشركة » ويكاد التطابق أن يكون تاما بين هذين النصين — الفرنسى واللبنانى — من حيث التعميم الوارد بهما ، مما يشير الى تأثر المشرع اللبنانى بالتقنين الفرنسى •

١٢٥ — ونعرض لاقوال بعض الشراح فى فرنسا تبيانا لنص المادة ١٨٤٧ مدنى فرنسى ، وذلك لنخلص الى تحديد نطاق الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى مصرى •

يقول ريبير : « ان الشريك بالعمل يجب أن يقدم حسابا للشركة عن جميع نتاج نشاطه »[1] • وهو قول يتسم بالتعميم الذى ساد النص ، ويتفق تماما مع مضمونه • فالنشاط الذى يقوم به الشريك يجب أن يقدم حسابا عن نتاجه الى الشركة ، ايا كان الجهة التى بوشر النشاط لحسابها • ويقول اسكارا : « هذا يوجب القول انه اذا مارس الشريك تجارة قابلة لمناقشة تلك التى تقوم بها الشركة وتدر أرباحا ، وجب تقديم حساب عن هذه الارباح لان تحقيق حصة هذا الشريك تقوم على الخصوص فى عدم منافسته الشركة واعطائها كل نشاطه »[2] •

ويرى البعض انه بدون شرط مخالف لا يجب ان يزاول الشريك بالعمل نشاطا يتصل بفرع عمله الذى يكون محل استغلال الشركة ، واذا

(١) بند ٦٣٥ ص ٣٢٨ •
(٢) اسكارا ج ١ بند ٥٢٢ / ٣ •

زاول مثل هذا النشاط يجب عليه وفقا للمادة ١٨٤٧ مدنى أن يؤدى للشركة القيمة الكاملة لما كسبه بغير حق[3] •

لعل الفرق بين هذه الآراء لا يكاد يلحق الا بطريقة التعبير • فقيام الشريك بالعمل لحسابه بمزاولة نفس النشاط الذى تزاوله الشركة أو نشاط من نوعه ، يعتبر منافسة لها يجب الامتناع عنها • اذن فبمجرد أن يقوم الشريك صاحب حصة العمل بعمل يتصل بنوع العمل الذى يقدمه للشركة ، لحسابه أو لحساب الغير يعتبر أنه قد اضر بصالح الشركة لان ذلك يكون منافسة لها •

واذا كان قد حقق ارباحا فيجب ان تكون هذه الارباح من حق الشركة ، ويجب عليه بمقتضى هذا النظر ان يقدم حسابا للشركة عنها باعتبارها صاحبة الحق فيها •

وعلى ذلك فالحساب مطلوب من هذا الشريك عن الارباح التى يحققها لنفسه من جراء مزاولته لنوع نشاط موضوع الحصة خارج نطاق الشركة ، سواء كان لحسابه أو لحساب الغير •

١٢٦ — لكن اذا جاز هذا النظر فى فرنسا فهل يجوز فى مصر ؟

أرى انه لا يجوز بالتطبيق لنص الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى • لان هذا النص يحكم حالة معينة ، تقتصر على تقديم الحساب للشركة عن ذات النشاط المبذول لصالحها والذى يكون حصة العمل ، اما ما يلحق بالشركة من اضرار ناتجة فيما وراء ذلك ، أى فى خارج نطاق اداء الحصة ، فانه يظل محكوما بنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ مدنى ، وسنعرض له فيما بعد •

(٣) هنرى بليس بند ٢٥٨ ص ٣٦٤ •

وعلى ذلك فان نص الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ يعتبر من ناحية أخرى — رغم ما سبق ان ابدينا عليه من ملاحظات — أضيق نطاقا من كل من النصين اللبناني والفرنسى[1] • فالكسب الذى يقدم عنه الحساب هنا هو الناتج عن مزاولته العمل الذى قدمه حصة فى الشركة ، وليس ما ينتج عن مزاولة نفس نوع هذا العمل بعيدا عن الشركة ، فالنص قد خصص بحيث انصب على الحصة ذاتها، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الالتزام بالامتناع عن القيام بما يضر بمصالح الشركة الذى تحكمه الفقرة الاولى من المادة ٥٢١ مدنى ، مع انه التزام عام يقع على جميع الشركاء بعد وفائهم بالحصص ، الا اننا اعتبرنا الضرر الذى يلحق بالشركة نتيجة لمزاولة صاحب حصة العمل نفس نوع نشاطه محل الحصة خارج نطاق الشركة اخلالا بالتزامه بالوفاء بحصته • اعتبارا للصلة بنوع النشاط، والى ان الوفاء بحصته لا يعتبر تاما الا وقت انتهاء الشركة ، مما يجعل تأثر الحصة بهذا النشاط الخارجى فى حكم المؤكد •

ولذلك نخرج من هذا الالتزام العام التزاما جزئيا فيما يتعلق بحصة العمل ، ليكون مكونا لهذه الحصة • وبذلك تكون هذه الحصة قد تضمنت التزامين احدهما التزام بالقيام بالعمل المتفق عليه والاخر التزام الامتناع عن الاضرار بالشركة بواسطة النشاط موضوع الحصة سواء كان فى داخل نطاق العمل للشركة أو فى خارجه •

ويمكن القول توضيحا لذلك ان مضمون حصة العمل اذا كان التزاما بعمل والتزاما بالامتناع عن عمل ، فان لهذا المضمون نطاقا يحده حدان ، الاول زمنى والآخر يتعلق بنوع النشاط • فالحد الاول زمنى لانه مرتبط بمدة قيام الشركة ابداء وانتهاء ، فما يقوم به الشريك مقدم حصة العمل بعد انتهاء الشركة فهو عمل يختص بنتاجه شأنه فى ذلك شأن ما قد يكون باشره من عمل لحساب نفسه قبل بداية الشركة •

والحد الثانى متصل بنوع النشاط فاذا زاول نفس نوع النشاط محل الحصة اعتبر الضرر الذى يحيق بالشركة بسببه اخلالا بالالتزام بالوفاء بحصة العمل طالما كان ذلك فى فترة قيام الشركة ، شأنه فى ذلك شأن الضرر الذى يلحق بالشركة بسبب اداء نفس الحصة •

اما اذا كان النشاط مختلفا عن محل الحصة بالعمل فان الضرر الذى يصيب الشركة من جرائه لا يعتبر اخلالا بتقديم الحصة ولو كان خلال فترة قيام الشركة ، ولكنه يخضع لحكم المادة ١/٥٢١ مدنى • الا اذا كان لقيامه بهذا النشاط أثر على مقدار محل الحصة كما أو كيفا ففى هذه الحالة لا مناص من اعتباره مخلا بالتزامه بالوفاء بحصته •

١٢٧ — من العرض السابق يتضح ان حصة العمل تقتضى من الشريك الذى يقدمها تدخلا ايجابيا مفيدا للشركة بصفة مستمرة طوال مدة الشركة ، أو المدة المتفق على تأدية الحصة

---

(١) وهو أن كان مقتبسا من التقنين اللبنانى (م ٨٦٠ مدنى) الا أن ذلك ليس معناه أن يكون متطابقا لأن مثل هذه النصوص لم تنقل على علاتها من مصادرها الأجنبية بل أنها قد محصت قبل نقلها الى التقنين المدنى الجديد وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص .
(راجع الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٣٣ بند ٣٦) ، كما أن تفسير هذا النص المقتبس يجب الا يكون مستمدا من النص الأصلى، ذلك أن النص المقتبس ينفصل ويستقل عن أصله ليندمج فى التقنين الجديد متناسقا مع بقية النصوص . راجع السنهورى — الوسيط جـ ١ ص ٥٣ .

خلالها • فاذا لم ينفذ الشريك ما تعهد به وفقا لهذه الكيفية اعتبر مخلا بالتزامه بتقديم الحصة للشركة ، أى انه لا يكون قد وفى بالالتـــزام التعاقدى الذى ارتبط به • وذلك يفقده صفته كشريك وما يترتب على هذه الصفة من حقوق• كما ان ذلك لا يعفيه من المطالبة بالتعويضات عن أى ضرر تصاب به الشركة نتيجة اخـلاله بالتزامه •

ولعل اعتبار ان مضمون حصة العمل ينطوى على التزامين ، التزام بعمل والتزام بامتناع، يحقق فائدة أخرى ، ذلك ان الالتزام بالامتناع يعتبر الملتزم به قد أخل بالتزامه اذا تحقق ما التزم بالامتناع عنه ، وليس امامه ليفلت من التعويض الا ان يثبت انتفاء أية رابطـة بينه وبين النتيجة التى وقعت • فى حين ان الالتزام بالعمل يجعـل فى استطاعة الشريك الافلات من الجزاء بمجرد اثبات قيامه بالعمل متوخيا العناية المطالب بها • وقـد تكون له المقدرة على اثبات قيامه بالعناية المطلوبة وبذلك تتضرر الشركة وتظل مع ذلك عاجزة عن تعقبه لتحصل على ما يعوض ما لحقها من ضرر • ولذلك كان عدم الاكتفاء بالالتزام بالعمـل ليكون وحده مضمونا لحصة العمل محققا فائدة للشركة •

هكذا بسـطت مضمون حصة العمل كمـا اتصوره ولقد اقتضى ذلك استدلالى بنـص الفقرة الاولى من المادة ٥١٢ مدنى وبالتالى ان أعرض لاقوال الشراح بصدده والى النص الذى اقتبس منه وما يقابله فى التقنين الفرنسى وبعض آراء الشراح الفرنسيين •

التأصيل الفقهى لهذا الرأى :

١٢٨ — ان مضمون حصة العمل كما خلصت اليه ، يتفق مع قواعد الفقه الاسلامى ، سواء منها القواعد العامة فى المعاملات ، أو ما يخص منها الشركات بانواعها ، كما يتفق مع ما يقرره هذا الفقه بشأن الشريك مقدم حصة العمل ، ونعرض لهذه القواعد فيما يلى :

١٢٩ — فبالنسبة للقواعد العامة نجد قاعدة «« لا ضرر ولا ضرار • وهى قاعدة عامة تحدد سلوك الافراد فى معاملاتهم ، وتضع الحدود التى يجب أن تراعى فى تصرفاتهم • فكل من يلتزم بالتزام يجب عليه الوفاء به دون ما ضرر يقع على الغير ، كما انه لا يجوز ان يلحق به ضرر بسبب هذا الالتزام • وليس هذا بالنسبة للالتزامات فحسب ، بل ان نطاق هذه القاعدة يمتد الى الحقوق ذاتها وكيفية استعمالها •

وباعتبار هذه القاعــدة ، قاعدة عامــة ، فيخضع لها اداء الشريك بالعمل لحصــته ، فيجب ان يؤدى ما تعهد به دون ان يقع ضرر بالغير أو بالشركة ذاتها من جراء عمله • ولكى لا يقع ضرر بالشركة يجب على الشريك ان يوفى بالتزامه وفقا لشروط التعاقد — طالما هى فى نطاق الاصول الاسلامية — متوخيا حسن النية فى ادائه ، ومراعيا ما يتحمله من واجبات اهمها ان تفيد الشركة من العمل المقدم لها ، أو على الاقل بالكيفية التى يترتب عليهـا — عادة — فائدة للشركة •

١٣٠ — ثم نجـد القاعدة العامة بالنسبة للشركات :

وقد جاء بها الحديث القدسى « انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبـه ، فاذا خانه خرجت من بينهما »[1] • هذا النـص يقرر القاعدة العامة للعلاقة بـين الشركاء ، والكيفية التى يؤدى بها كل شريك التزاماته ، بحيث لا تكون أى خيانة من خلال هذا الاداء

(١) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢ .

أو من بعده • ولعل التعبير بلفظ الخيانة له من الدلالة ما يتسع لكل ضرر يمكن أن يترتب على تصرفات الشركاء ، سواء فى تصرفاتهم داخل نطاق الالتزامات التى تعهدوا بها قبل الشركة أو خارج هذا النطاق ، فالعلاقة بين الشركاء تقوم أساسا على الامانة ، فكل ضرر يقصد اليه الشريك يقوض بنيان هذا الاساس ، ويأتى على اركانه لانه خيانة للامانة التى تحملها •

١٣١ — القواعد الخاصة بحصة العمل :

أفاض فقهاء المذاهب الاسلامية فى كلامهم عن الواجبات التى يجب ان يتوخاها الشريك مقدم حصة العمل ، حتى يكون اداؤه لحصته مؤديا للغرض المقصود منه •

فيذكر الكاسانى وهو يتكلم عن الشريك صاحب حصة العمل بعض هذه الواجبات بقوله ان : « ••• يكون شراؤه على المعروف » [١] •

ويقول ابن عابدين : « وليس له أن يعدل بعا فيه ضرر ولا مالا يعمله التجار •• » [٢] •

ومن الشافعية يقول صاحب اسنى المطالب: « ولا يتصرف الا بالمصلحة » » [٣] •

وابن قدامه الحنبلى يقول : « وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه » [٤] • ونفس هـذا المعنى يقرره الزيدية [٥] •

هذه النصوص بما اوردت من واجبات تشكل القواعد التى تحيط بالتزام الشريك مقدم حصة العمل من كل جانب وتوضح مضمون الحصة التى تعهد بادائها لتحقيق اغراض الشركة • فيجب ان يكون شراؤه للشركة وكذلك بيعه وفقا لما يجرى عليه عرف التجار ، فلا يخرج عن قواعده فى أى تصرف يباشره • فمثلا من حيث الثمن يجب أن يكون فى حدود ما يشترى به أو يبيع به التجار ، وكل زيادة أو نقص غير مألوفين عندهم يعد اضرارا بالشركة ، يمتنع على الشريك ان يتعامل به • فالواجب عليه مراعاة المصلحة فى تصرفه للشركة ، فهذا الشريك (صاحب حصة العمل) توكل اليه التصرفات فى الشركة ، فهو الذى يتصرف بيعا وشراء واستئجارا ، الى غير ذلك من أعمال الادارة • هذه الاعمال والتصرفات هى التى دخل بها هذا الشريك كحصة فى شركة تجعل له نصيبا فى أرباحها ، فيجب أن تكتنف المصلحة — مصلحة الشركة — كل تصرفاته • ويجب عليه أن يباشر بنفسه كل الاعمال التى جرت العادة ان يتولاها الشركاء بالعمل فى مثل النشاط الذى تقوم به الشركة ، فلا يتركها لغيره يقوم بها • وفى ذلك صيانة لمصالح الشركة من ناحية ان اداءه هو قد يكون فى مستوى أعلى من اداء غيره ، اذ روعى فيه اصلا كفاءة معينة ، أو مقدرة ومقدرة وأخير فى مستوى معين ، فقيامه هو بالعمل كان محل اعتبار الشركاء • ومن ناحية أخرى اذا ترك الأعمال ليقوم بها اجراء ، ألزام باجرتها لانه أصلا ملتزم بهذه الأعمال ، فلا يجب أن يحمل الشركة عبئا ماليا زائدا دون حاجة تدعو اليه •

واخيرا يجب أن تتمحض أعماله لنفع الشركة فيتجنب كل ما من شأنه أن يسبب الاضرار بها • وهكذا يتأكد رد ما تصورته كمضمون لحصة العمل الى نظرة الفقه الاسلامى الى هذه الحصة ومضمونها • فهى عند مذاهبه

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٨٧ .
(٢) جـ ٤ ص ٥٠٦ .
(٣) جـ ٢ ص ٣٨٤ .
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٥٢ .
(٥) البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٣ .

جميعا عمل بالمصلحة وامتناع عن الضرر.وهما فى التعبير الحديث : التزام بالقيام بعمل والتزام بامتناع عن عمل .

الالتزام الأول : عمل بالمصلحة ، والالتزام الثانى : امتناع عن الضرر . ومنهما معا تتكون حصة الشريك بالعمل .

اما الاضرار التى تترتب عن أعمال يقوم بها الشريك خارج نطاق حصته أو خارج نطاق الشركة فيخضع بالنسبة لها فى الفقه الاسلامى للقواعد العامة فى المعاملات ، وللقواعد التى تحكم واجبات الشركاء بصفة عامة .

١٣٢ — ومما لا شك فيه أن العمل الذى تتكون منه الحصة يجب أن يكون عملا مشروعا ، وإن كان ذلك يدخل فى موضوع مشروعية المحل ، وهو من الشروط الموضوعية لعقد الشركة . الا اننا آثرنا الاشارة اليه هنا توكيدا للمعنى ، وما دمنا نتكلم عن ذات العمل الذى يكون هذه الحصة .

والمشروعية ترتبط بفكرة النظام العام والآداب ، وهى فكرة يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية . فهى تتعلق بنظام المجتمع وما يرتضيه له من قواعد تنتظم هذه المصالح . ولذلك فهى تعلو على المصالح الفردية وكان من غير الجائز الاتفاق على ما يختلف وقواعدها ، فاذا تم هذا الاتفاق المخالف اعتبر غير مشروع وبالتالى يبطل ، وتبطل معه الآثار المترتبة عليه .

فاذا كان موضوع حصة العمل القيام بأعمال تجارة المخدرات و ادارة بيت للمقامرة ، كما يعتبر الاتجار فى الخمور ، فى الفقه الاسلامى بالنسبة للمسلم ، عملا غير مشروع يبطل الالتزام به . ويتكلم صاحب البحر الرائق عن القاعدة فى مشروعية العمل الذى تزاوله الشركة فيقول : « وقيدنا بكون العمل حلالا لما ورد فى البزازية ولو اشتركا فى عمل حرام لم يصح »[1] .

وقد أوردت المادة ١٣٥ مدنى القاعدة العامة فى مشروعية المحل فنصت على انه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » وعلى ذلك ففى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى اذا كان العمل موضوع الحصة يتعارض والنظام العام أو الآداب كان الالتزام بأداء هذه الحصة غير مشروع وبالتالى كان عقد الشركة باطلا .

ونرى فى نص المادة ٥٠٩ مدنى فيما اورده خاصا بمنع اقتصار حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو ثقة مالية : تطبيقا لفكرة النظام العام فى مجال حصة العمل ، اذ يقتصر ما يقوم به الشريك حينئذ على مجرد استغلال هذا النفوذ أو هذه الثقة ، فيحصل على فوائد خاصة دون أن يسهم بمجهود يستحق به ما يحصل عليه .

فالاستغلال فى ذاته سواء كان استغلال نفوذ أو ما أولى الشخص من ثقة مالية ، عمل لا يقع موقع الاستحسان لدى المجتمع بل ينظر اليه نظرة عدم ارتياح واستهجان ، وبالتالى يرفض قبوله ، لتعارضه مع مصالحه العامة .

المطلب الثالث

الاتفاق على تخصيص كل وقت صاحب حصة العمل لاعمال الشركة

١٣٣ — رأينا ان وفاء الشريك بالعمل

---

(١) جـ ٢ .

بحصته يتطلب منه تدخلا ايجابيا ومفيدا يستمر طوال بقاء الشركة . لكن هل معنى ذلك انه لا يستطيع أن يقوم بأى نشاط خارج نطاق الشركة ؟ ولقد سبق ان اعتبرنا ان مدة حياة الشركة عنصر جوهرى فى تحديد التزام الشريك بالعمل ، بالنظر الى انه التزام مستمر، لكن مدة الشركة باعتبارها زمنا لا تحدد بالنسبة لهذا الشريك فى اداء حصته بواسطة ساعات معينة يوميا ، انما بأداء العمل المتعهد به على مدار هذه المدة . ولذلك خلصنا الى عدم اعتبار الساعات اليومية عنصرا جوهريا فى تحديد التزام الشريك بالعمل .

من ذلك يتضح أن للشريك — من حيث الاصل — أن يقوم بنشاط آخر لحسابه أو لحساب الغير طالما ان هذا النشاط لا يتعارض مع ما يجب أن تستوفيه الشركة منه من نشاط مفيد .

ولكن قد يتفق الشركاء على أن لا يقوم صاحب حصة العمل بأى نشاط آخر وان يخصص كل وقته للشركة . فما هو حكم الاتفاق على ذلك فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ؟

ونحاول أن نستبين هذا الحكم فى فرعين نخصص أولهما لما يراه الفقه الاسلامى ، والثانى لحكم القانون الوضعى .

الفرع الأول

رأى الفقه الاسلامى

١٣٤ — القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى ان أى شرط يشترطه المتعاقدان — تحقيقا لمقاصدهما — يتفق مع مقتضى العقد الذى عقداه ويترتب عليه فائدة لهما ، هو شرط جائز طالما لم يتعارض مع أصل من أصول الشريعة الاسلامية . بل ان الله سبحانه وتعالى يأمر بالوفاء بالعهود والاتفاقات : « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا »[(١)] . « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » [(٢)] .

وما الشروط التى يشترطها المتعاقدان الا عهود يتعهد بها ، وان جملة الشروط تكون فى الواقع الاتفاق الذى هو مضمون العقد . ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » . فهذا الحديث الشريف يقرر النطاق العام للشروط ، ويحدد متى تكون جائزة ومتى لا تكون كذلك ، والشروط الجائزة هى فقط التى يجب الوفاء بها ، والوقوف عند حدودها. والقاعدة الفقهية تقرر ان « القيد ان كان مفيدا يثبت لان الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن .. » [(٣)] .

وبعرض هذا الاتفاق — وهو تخصيص كل وقت الشريك بالعمل لاغراض الشركة — على هذه القواعد العامة نجد انه اتفاق جائز .

فهو لا يخالف أصلا من أصول الشريعة الاسلامية ، كما انه يتفق مع مقتضى عقد شركة المضاربة ، الذى يوجب على المضارب (صاحب حصة العمل) ان يسعى ويكد تحقيقا لمقصود الشركة ، وهو تحقيق الربح ، فهو شرط جائز .

فاذا قيمنا هذا الشرط وجدناه يحقق فوائد للشركة اذ يترتب عليه أن يوجه الشريك نشاطه كله لصالح الشركة ، وهذا من شأنه ان يؤثر

---

(١) الاسراء — ٣٤ —
(٢) المائدة — ١ —
(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٦ ص ٩٨ .

على سير اعمالها تأثيرا حسنا • فاذا اضفنا ان هذا القيد الذى يمنع هذا الشريك من العمل خارج نطاق الشركة سيكون — دون شك — موضع اعتبار فى تحديد نصيبه من الربح ، فهو اذن يحقق له فائدة خاصة •

وعلى ذلك فان هذا الاتفاق يحقق فائدة جميع الاطراف ، فيجب اعتباره •

١٣٥ — هذا بالنسبة للقواعد العامة فى الشروط ، أما فى خصوصية عقد الشركة فقد وردت أقوال الفقهاء مشيرة الى جواز هذا الشرط •

فهو أولا : يتفق مع القيد الذى يرد على جواز قيام صاحب حصة العمل بنشاط لحساب الغير أو لحساب نفسه ، اذ يقيد هذا الجواز بعدم الاضرار بالشركة • وهذا القيد أن صرح به البعض ، فهو بلا شك من تطبيقات قاعدة لا ضرر ولا ضرار • وعن هذا القيد يقول صاحب كشاف القناع من الحنابلة : « وليس له أى المضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الأول » [١] •

وواضح أن هذا الاتفاق يعتبر تطبيقا لهذا القيد ، هذا بالاضافة الى ان صاحب حصة العمل مقيد اصلا بان لا يتصرف مما يعود على الشركة بالضرر • وقيام هذا الشريك بالعمل خارج نطاق الشركة قد يعود بالضرر عليها • ولهذا يحاول الشركاء الحيلولة دون وقوع هذا الضرر المتوقع بالاتفاق على تخصيص كل وقت هذا الشريك ونشاطه لاعمال الشركة ، وبالتالى فلا يجوز له القيام باعمال لحسابه أو لحساب الغير •

(١) ج ٢ ص ٢٦٤ •

ثانيا : فى استحقاق المضارب للنفقة [٢]

وهى عند الحنابلة لا تستحق الا بالشرط سواء كان فى سفر أو كان مقيما ، فلا يجوز فى هذه الحال أن يعمل صاحب حصة العمل لغير الشركة [٣] •

وعند غير الحنابلة يستحق صاحب حصه العمل النفقة اذا سافر من أجل اعمال الشركة ويبررون ذلك بتفرغه لهذه الاعمال • فيقول السرخسى فى هذا الصدد : « ••• وهذا لانه فرغ نفسه عن اشغاله لاجل مال المضاربة ••• » [٤] •

ومن اجاز النفقة لصاحب حصة العمل من الشافعية يبرر ذلك بقوله : « ••• لانه حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض » [٥] •

وللمالكية ما جاء فى الشرح الكبير : « ••• ومفهوم الشرط ان لا نفقة له فى الحضر ، قال اللخمى ما لم يشغله عن الوجوه التى يقتات منها ، وهو قيد معتبر » [٦] •

ويعقب الدسوقى فى حاشيته على ما جاء بالشرح الكبير بقوله : « كما لو كانت له صنعة ينفق منها فعطلها لأجل عمل القراض •• » [٧]

يتضح من هذه الأقوال ان التفرغ لأعمال المضاربة جائز أصلا • وبذلك يعتبر الاتفاق على منع صاحب حصة العمل من القيام بنشاط آخر لحساب نفسه أو لحساب الغير — تخصيصا لوقته وجهده لصالح الشركة — شرطا

(٢) يقصد بها النفقات التى ينفقها هذا الشريك على نفسه بسبب أعمال التجارة •
(٣) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٦٥ •
(٤) المبسوط ج ٢٢ ص ٦٣ •
(٥) نهاية المحتاج للرملى ج ٤ ص ١٧٢ •
(٦) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٦٥ •

جائزا فى مذاهب الفقه الاسلامى • اذ وردت به القواعد الخاصة بشركة المضاربة ، ومن قبل رأينا انه اتفاق جائز وفقا للقواعد العامة فى الشروط •

الفرع الثانى

حكم القانون الوضعى

١٣٦ ــ لا يختلف موقف القانون الوضعى فى هذا الخصوص عن موقف مذاهب الفقه الاسلامى ، حيث أن هذا الاتفاق لا يتنافى مع طبيعة الحصة التى يلتزم بتقديمها الشريك بالعمل • فان كان يمتنع عليه أن يقوم بأى عمل من شأنه أن ينافس الشركة ، فان قيامه بأعمال أخرى غير التى التزم بها للشركة والتى لا تشكل أية منافسة لها ، مشروط بعدم اخلاله بالتزامه بأداء أعمال الشركة • وفى ذلك يقول الدكتور محسن شفيق : « وانما يجب ألا يترتب على قيام الشريك بأعمال خارجية تنقص فى قدر العمل الذى يجب أن يؤديه للشركة ، والا جاز لها مطالبته بالتعويض ، ويظل الشريك مجبرا على تخصيص وقته وعمله للشركة حتى تنقضى مدتها » [١] • ويقول الدكتور كامل مرسى فى شأن هذا الاتفاق : « يجوز أن يتفق فى عقد الشركة على أن يمنع الشريك من مزاولة أى عمل آخر غير العمل الذى عقدت الشركة من أجله ، واذا خالف الشريك ذلك جازت مطالبته بالتعويضات » [٢] •

ومن ذلك يفهم أن الأصل أن يوقف صاحب حصة العمل وقته وجهوده على أعمال الشركة وأن الاستثناء هو قيامه بعمل آخر يستغرق جزءا من وقته وجهده •

ونقول أنه الاستثناء لأنه مشروط بعدم الاضرار بالشركة ، فكأن هذا الشريك اذا أراد القيام بعمل آخر لحساب نفسه أو لحساب الغير يعرض الأمر على الشركاء لاجازته أو منعه •

١٣٧ ــ ولكن ما هو الحكم لو أن لهذا الشريك أعمالا سابقة على قيام الشركة ؟ نرى أنه من الواجب على هذا الشريك أن يحصل على موافقة الشركة على استمراره فى أعماله ، ما لم يكن ذلك معلوما أصلا لدى جميع الشركاء دون اعتراض منهم •• فاذا لم يكونوا أو بعضهم على علم بنشاط هذا الشريك الخاص ، ولم يقم هو باعلامهم يكون من حق الشركة أن تعترض على هذا الوضع وأن تطالبه بماتستحقه من تعويضات عما يكون قد لحقها من أضرار • كما يظل للشركاء الحق فى المطالبة باخراجه من الشركة اذا كانت أعماله لها ستتأثر باستمرار من جراء اشتغاله بأعماله الخاصة • ويستوى فى ذلك أن يكون نشاطه الخاص منافسا للشركة أم لا • وفى فرنسا يعتبر الشراح أن الشريك لا يكون قد وفى بحصته اذا كان الوقت المخصص لشئونه الخاصة يمنعه من اعطاء نشاطه لشئون الشركة ، لأن هذا العمل يستغرق جزءا من وقته [٣] •

ونتبين بذلك أنه لا فرق بين ما يراه شراح القانون فى مصر وفى فرنسا •

---

(١) الوسيط ج ١ بند ٢٤٤ ، نفس المعنى مصطفى طه ص ٢٢٢ ، البارودى ج ١ بند ١١٣ ج ، على يونس بند ٢٨ ، محمد حسنى عباس بند ٢٤ . أكثم الخولى ج ٢ بند ٢١ .

(٢) العقود المسماة ج ٢ ص ٥٢٤،السنهورى ــ الوسيط ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٣) اسكارا بند ٣/٥٢٢ ، هنرى بليس بند ٢٥٨ .

١٣٨ — وهكذا يتضح أن شرط منع الشريك بالعمل من مزاولة أعمال أخرى لحسابه أو لحساب الغير سواء كانت هذه الأعمال من نوع نشاط الشركة أو مغايرة له ، شرط جائز فى الفقه الاسلامى وكذلك فى القانون الوضعى ، وان كان يوحى من حيث الظاهر أنه يشكل حجرا على حرية الشريك . لكنه فى الحقيقة لا يشكل أى قيد على الحرية الشخصية للشريك الذى يقدم عمله حصة فى الشركة ، انما هو التزام يترتب على ما سبق أن تعهد به من تقديم نشاطه وخبرته للشركة ، فهو بذلك ضمان للوفاء بالتزامه الأصلى الذى قبله عند دخوله الشركة . بل لعله فى كثير من الحالات ينفذه من تلقاء نفسه سعيا وراء انجاح المشروع نجاحا غير عادى ، كما اذا كان هو صاحب الفكرة التى تكونت على أساسها الشركة . كذلك فان الشركاء جميعا يسعون لتمكين الشركة من تحقيق أكبر فائدة ممكنة .

وهذه الفائدة أو ذلك النجاح يعود فى آخر الأمر على الشركاء جميعا ، فالشركة تقوم أساسا على علاقة أخوة وتعاون ، فهى عقد تتفق فيه مصالح أطرافه ولا تتعارض ، بعكس غيره من العقود الأخرى .

المطلب الرابع

قيام الشريك بالعمل بنشاط تجارى لحسابه أو لحساب الغير

١٣٩ — رأينا أن الشريك بالعمل اذا تعهد بأن لا يقوم بأى عمل آخر سواء لحسابه أو لحساب الغير ، وجب عليه الوفاء بهذا التعهد . وعلى العكس من ذلك اذا لم يحظر على هذا الشريك القيام بأعمال أخرى خارج نطاق الشركة كان له أن يباشر أى نشاط تجارى لحسابه أو لحساب الغير على سواء . لكنه فى ذلك ليس مطلق الحرية ، فشراح القانون الوضعى يرون أن الشريك صاحب حصة العمل اذا قام بتجارة منافسة لتلك التى تقوم بها الشركة — وتفترض المناقصة اذا قام الشريك بتجارة من نوع التجارة موضوع نشاط الشركة — فان ما يحصل عليه من أرباح يكون من حق الشركة لأنه ملتزم بعدم منافستها . فلا يجوز له أن يباشر ذات العمل موضوع نشاط الشركة لحسابه الخاص اذ يترتب على ذلك حتما منافسة الشركة ، فاذا خالف هذا الحظر وباشر العمل لحسابه الخاص وحصل منه على كسب كان هذا الكسب من حق الشركة[1] .

فى الواقع أن القانون يوجب على الشريك صاحب حصة العمل أن يقدم حسابا للشركة عن الكسب الذى يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذى قدمه حصة له (م ١/٥١٢ مدنى) وقد رأينا أن تقديم الحساب معناه أن الشركة هى صاحبة الحق فى نتاج هذا العمل الذى يؤديه هذا الشريك كحصة له فى الشركة ، كما أنه يعتبر مقياس أداء هذه الحصة أو بمعنى آخر وسيلة يحدد بمقتضاها الوفاء بها وكيفيته ، وأخيرا فانه يجعل الشركة على صلة مستمرة بما يؤديه الشريك صاحب حصة العمل من مجهود لحسابها .

اذا كان الأمر كذلك بالنسبة لأداء الشريك الذى قدم عمله ، هذا العمل لحساب الشركة ، فان هذا الشريك ملتزم أيضا مع سائر الشركاء

---

(١) راجع محسن شفيق ، الوسيط ج ١ بند ٢٤٤ ، مصطفى طه ص ٢٢٢ ، على يونس بند ٢٨ .

بعدم منافسة الشركة ، حيث أن المنافسة هى – بلا شك – أحد الأضرار التى يمتنع على جميع الشركاء أن يكونوا سببا فى وقوعها ، طبقا لنص المادة ١/٥٢١ مدنى التى تلزم الشركاء بعدم القيام بأى عمل من شأنه أن يلحق الضرر بالشركة •

اذا كان الأمر كذلك فان أول حق فى تعويض الشركة عن الأضرار التى تلحقها من جراء منافسة الشريك لها يكمن فى تلك الأرباح التى يحصل عليها نتيجة لمباشرته العمل الذى نتجت عنه المنافسة • ذلك أن هذه الأرباح تحققت نتيجة لنقص حل بربح الشركة ، بسبب منافستها ، فيجب أن تكون الشركة صاحبة الحق فى الحصول على هذه الأرباح تعويضا عن الأضرار التى لحقت بها •

١٤٠ – ولا شك أن الالتزام بالامتناع عن الاضرار – الوارد بنص المادة ١/٥٢١ مدنى – يشمل كل موقف من شأنه أن يجلب الضرر ، سواء كان هذا الموقف ايجابيا أو سلبيا ، وسواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر • فنص المادة فى فقرتها الأولى جاء عاما بحيث يشمل كل ما من شأنه أن يحقق الضرر للشركة ، لذلك آثرنا استعمال كلمة موقف لتحيط بجميع ما يتخذه الشريك • على أن حصول الشركة على الأرباح التى يحققها الشريك من عمله الخاص الذى أضر بها ، لا يمنعها من المطالبة بأى تعويض آخر اذا زاد الضرر الذى حاق بها عن قدر هذه الأرباح •

فاذا كانت مسئولية الشريك وفقا لنص المادة ١/٥١٢ مدنى مسئولية تعاقدية ناتجة عن عدم وفائه بأداء حصته التى التزم بأدائها ، فاننا هنا بموجب الفقرة الأولى من المادة ٥٢١ مدنى بصدد مسئولية تعاقدية أيضا سببها موقف الشريك الضار ، الذى أخل بالتزامه الواجب عليه نحو الشركة – بصفته شريكا فيها – من الامتناع عن الاضرار بها ، بعد أن أدى التزامه بالوفاء بحصته ، وعلى ذلك يكون للشركة الحق فى التعويضات الكاملة عن هذا الضرر • وقد سبق أن انتهينا الى أن الضرر الذى يلحق الشركة بسبب قيام الشريك صاحب حصة العمل بنفس نوع النشاط محل حصته ، لحسابه أو لحساب الغير يعتبر اخلالا بالتزامه بالوفاء بحصته •

١٤١ – ولا يقف الأمر عند هذا ، بل يكون من حق الشركاء طلب اخراج الشريك من الشركة بسبب الأضرار الناجمة عن مسلكه • فمثل هذا الشريك لا يكون مرغوبا فى بقائه ، لأنه بما تسبب فيه خرج عن الولاء المطلوب للشركة ، وفقا لنية المشاركة التى تحكم الشركاء فى صلتهم بالشركة • وقد جعل نص المادة ٥٣١ مدنى للقضاء حق تقدير الأسباب المبررة لطلب اخراج الشريك من الشركة • وحسنا ما فعل ، لأن ترك الأمر بيد الشركاء يتصرفون فيه دون الاحتكام الى القضاء قد يودى بالشركة ذاتها ، نتيجة لخلق روح الشك وعدم الثقة بين الشركاء •

فلا شك أن القضاء يستطيع أن يحسم الأمر ، لمراعاة مصلحة الشركة وصوالح الشركاء •

لكن اذا كان هذا هو ما يترتب على المنافسة ان الشريك بالعمل اذا قام بنشاط تجارة مغايرة لتلك التى تزاولها الشركة ، بحيث لا تتحقق المنافسة تكون الأرباح الناتجة عن هذه التجارة المنافسة سائغة له دون الشركة • ما لم يتعارض عمله الخاص من أداء التزامه بتقديم عمله موضوع حصته

للشركة [1] . والا كان هذا العمل مضرا بالشركة أيضا . فقيامه اذن بأى نشاط خاص مشروط بعدم المنافسة أو احداث أى أضرار للشركة .

موقف الفقه الاسلامى من قيام الشريك بالعمل بتجارة لحسابه أو لحساب الغير

١٤٢ — اذا كان هذا هو موقف القانون فان الفقه الاسلامى أيضا حرص كل الحرص على تقرير ما يكفل سلامة الشركة ، وتحقيق مقصد الشركاء . وله فى ذلك أسلوبه الخاص فقد أجازت مذاهب هذا الفقه فى مجموعها للشريك صاحب حصة العمل أن يزاول العمل لحسابه أو لحساب الغير . بل انها لم تر فى مجرد قيام الشريك بالعمل بتجارة عن نوع التجارة التى تزاولها الشركة منافسة أو ضررا يحيق بالشركة . فافتراض المنافسة غير قائم على عكس ما يراه شراح القانون .

لكن اذا كانت المذاهب الاسلامية أجازت ذلك فان هذه الاجازة ليست مطلقة ، بل هى بلا شك مقيدة بعدم الاضرار بالشركة ، وهو الشرط العام الذى تتقيد به جميع المعاملات، فلا يجوز أن يحصل شخص على مال من الغير بقصد الاتجار فيه ليعطله بتجارة لآخرين . كما أن هذا القيد رأيناه يحيط بصفة خاصة بتصرفات الشريك بالعمل الذى اشترط الفقه الاسلامى أن تكون المصلحة متوخاه فيها ، فلا يجوز له أن يتصرف أى تصرف يتسبب عنه أى ضرر[2] .

ولذلك نجد أن بعض المذاهب سكتت عن ذكر قواعد خاصة بصدد القيام بالعمل للحساب الخاص أو لحساب الغير خارج نطاق الشركة . مكتفية بالقواعد العامة التى تحكم هذه التصرفات وذلك كالمذهب الحنفى والمذهب الشافعى . فى حين أن البعض الآخر كالمالكية والحنابلة لم يكتفوا بالقواعد العامة ، انما أوردوا تطبيقها فى هذا الصدد، فى صورة قواعد خاصة حددت فيها الجزاء على الأضرار التى تمنى بها الشركة بسبب تجارة هذا الشريك لحسابه أو لحساب الغير.

١٤٣ — فمن حيث جواز اشتغال صاحب حصة العمل بتجارة له أو للغير نجد ما جاء فى مبسوط السرخسى بصدد نفقة الشريك بالعمل اذا سافر للاتجار بأموال الشركة ، ونأخذ منه الدليل على اجازة عمل هذا الشريك خارج نطاق الشركة . فيقول السرخسى : « واذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضاربة فخرج المضارب فيها وفى عشرة آلاف من مال نفسه الى مصر ليشترى بها ويبيع ... » [3] .

وعند الشافعية كذلك ، وهذا ما قاله الأنصارى : « وظاهر أنه اذا اشترى فى الذمة ونوى نفسه فالربح له لأنه نماء ملكه ... [4] .

هذا عن عمل المضارب (صاحب حصة العمل) خارج نطاق الشركة عند كل من الحنفية والشافعية ، وواضح أنهما يجيزان هذا العمل ، كما يتضح أيضا سكوت هذين المذهبين عن ايراد ذكر شرط عدم الاضرار ،

---

(١) المراجع السابقة ، فريد مشرقى ج ١ بند ١٠٦ ، أسكارا بند ٣/٥٢٢ ، هنرى بليس بند ٢٥٨ ، هامل ولاجارد ج ١ بند ٣٩١ .

(٢) راجع ما سبق بند ١٣١ .

(٣) ج ٢٢ ص ٦٧ .

(٤) منهاج الطالبين بهامش حاشية البجيرمى ج ٣ ص ١٦٨ .

أو الجزاء الواجب اذا تحقق الضرر ، اكتفاء منهما بما تتكفل به القواعد العامة .

بعد ذلك أعرض لبعض أقوال المذهبين المالكى والحنبلى فيما قرراه من قواعد خاصة بهذا الصدد .

فمن علماء المذهب المالكى يقول الحطاب: « قال اللخمى فى تبصرته فى باب القراض وللعامل (الشريك بالعمل) أن يخلط القراض بماله اذا كان قادرا على التجر بهما ، وان كان لا يقدر على التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له . فان فعل وتجر فى الثانى وعطل الأول لم يكن عليه فى الأول سوى رأس المال على المشهور فى المذهب . وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح ... وكذلك اذا أخذ قراضا بعد قراض فلا يمنع من الثانى اذا كان يقدر على التجر فيهما ، فان كان لا يقدر الا على التجر فى أحدهما منع من التجر فى الثانى . فان فعل ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين وان ضاع ضمنه لأنه متعد فى أخذه ، وهذا اذا لم يعلمه أن فى يديه قراضا لغيره ، أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين »[1] .

فهذا النص يوضح ما يراه المذهب المالكى فى اشتراط القدرة على العمل الخاص الى جوار عمل الشركة بحيث اذا لم تكن للشريك صاحب حصة العمل القدرة على الجمع بين العملين فلا يكون له ذلك ، واذا خالف كان عليه ضمان رأس المال اذا تلف فى يده وكذلك كان عليه ضمان قدر الربح الذى حرمه رأس المال نتيجة لعدم استطاعته الجمع بين العملين . ومع ذلك اذا كان هذا الشريك قد أوضح للشركاء حالته من حيث العمل الذى يقوم به خارج نطاق الشركة ومدى استطاعته القيام بعمل الشركة مضافا اليه العمل الخاص ، ومع ذلك وافق الشركاء على ادخاله شريكا ، فلا يكون عليه أى مأخذ اذا ما ترتب أى ضرر للشركة .

وللحنابلة ما يقوله ابن قدامه : « .. واذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر للأول . فان فعل وربح رده فى شركة الأول ، وجملة ذلك أنه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز ، وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف . وان كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن ... لم يجز ذلك . وقال أكثر الفقهاء يجوز لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك . ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء ، فاذا فعل ما يمنعه لم يكن له ... »[2] .

من ذلك يتضح أن المذهبين المالكى والحنبلى يتفقان مع غيرهما فى أن النشاط التجارى لصاحب حصة العمل والذى يباشره خارج نطاق الشركة سواء لحساب نفسه أو لحساب غيره جائز اذا لم يكن هناك ضرر يلحق بالشركة . واذا كان هذان المذهبان قد صرحا بهذا الشرط عند تقرير الاجازة ، فان غيرهما — فيما أرى — قد اكتفى بالقاعدة العامة فى منع التصرفات الضارة . وبذلك يتفق الجميع فى أن هذا النشاط الذى يبذله الشريك صاحب حصة العمل خارج نطاق الشركة يجب ألا يترتب عليه أى ضرر للشركة .

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٦٧ .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٤٦ .

١٤٤ — ورد فيما نقلته عن ابن قدامه أنه اذا لم يكن هناك ضرر على الشركة جاز أن يعمل المضارب للغير ، وأن ذلك لا خلاف فيه ، وهذا تعبير يوضح موقف مذاهب الفقه الاسلامى فى هذا الشأن • لكنه يقول أنه لو كان هناك ضرر ولم يؤذن لصاحب حصة العمل فان أكثر الفقهاء على الجواز ، لأنه عقد على بعض منافع الشريك صاحب حصة العمل دون الكل ، ثم يشبه هذه الحالة بالحالة التى لا يكون فيها ضرر ، كما يذكر القياس على الأجير المشترك ، ونناقش فيما يلى هذا القول :

أولا : اذا كان عقد شركة المضاربة لا يعقد على كل منافع صاحب حصة العمل — وهذا صحيح — الا أن العقد على بعض المنافع يقتضى أن تؤدى هذه المنافع المعقود عليها ، على الوجه المتفق عليه • فاذا تم الأداء على هذه الصفة امتنع الضرر ، وذلك لأن الشركة تكون قد انتفعت بما التزم به الشريك ، لاستيفائها كل النشاط المطلوب منه حتى ولو لم تتحقق فى النهاية أرباح •

يضاف الى ذلك أنه اذا كانت بعض منافع هذا الشريك تبقى خارجة على نطاق التزامه للشركة ، فليس معنى ذلك أن يؤدى هذه المنافع لنفسه أو للغير بحيث يترتب عليها الاضرار بالشركة • أو لعله لا يكون فى مقدوره أن يستغل كل منافعه فى وقت واحد — لسبب يتعلق به شخصيا — دون أن تتأثر مصالح الشركة •

ثانيا : لا يمكن قبول أن تشبه الحالة التى يتحقق فيها الضرر ، بالحالة التى لا يكون فيها ضرر ، فمع تعارض ذلك وقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، وأيضا قاعدة تعويض الضرر اذا وقع ، فلا يمكن أن يكون هذا التشبيه صحيحا • والا فلماذا يضمن صاحب حصة العمل اذا تحققت خسارة ناتجة عن اهماله أو تفريطه ؟ ثم ألا يعتبر فى حكم التفريط أن ينشغل بمال يأخذه من الغير بعد دخوله الشركة ، ويعطله عن التنمية ، ثم ما هو الوضع اذا تاجر بمال وانشغل بأموره ، فضاع الآخر بسرقة مثلا ؟

ان تعطيل المال — ولو سلم — عن التحريك والتجارة يسبب الضرر للشركاء أصحاب رأس المال ، اذ يحرمهم الربح الذى كانوا يتوقعونه عند دخولهم الشركة •

ثالثا : بالنسبة للتشبيه بالأجير المشترك ، فلا يصح ذلك أيضا ، حيث أن المعقود عليه فى شركة المضاربة هو الربح الذى ينتظره الشركاء من العمل والمال • فى حين أن عمل الأجير المشترك غير منظور فيه الى الربح ، كما أن مقابل هذا العمل أجر ثابت محدد ، وبذلك لا محل لهذا التشبيه •

من ذلك نرى أن الاجازة التى تقرر للشريك بالعمل ليزاول أعمالا خارج نطاق الشركة مشروطة بعدم الاضرار بالشركة • فاذا صح عن البعض — كما يقال — عدم الاعتداد بهذا الشرط ، فان ذلك معناه الاصطدام بالقواعد العامة فى المعاملات ، والتعارض مع القواعد العامة فى الشركات ، ومخالفة القواعد الخاصة بالشريك صاحب حصة العمل •

وفى كل ذلك يتمثل الجزاء لتعويض أى ضرر يقع على الشركة بسبب عمل هذا الشريك خارج نطاق الشركة •

١٤٥ — بقى بعد ذلك الجزاء الخاص الذى

نص عليه كل من المذهبين المالكى والحنبلى .

ففى **المذهب المالكى** رأيان بالنسبة للحالة التى يعمل الشريك لحساب نفسه :

الرأى الأول ، وهو المشهور فى المذهب ، أن صاحب حصة العمل يضمن المال الخاص بالشركة .

الرأى الثانى : أن صاحب حصة العمل يضمن قدر الربح الذى فات على الشركة .

وبالنسبة للحالة التى يعمل الشريك فيها لحساب الغير :

ففى هذه الحالة يكون الجزاء أشد ، حيث يضمن الخسارة أو رخص الأسعار أو الفساد الذى قد يلحق بأموال الشركة .

وقد تعقب هذا المذهب صاحب حصة العمل حتى بالنسبة للضرر الذى يلحق بالغير الذى يكون قد عمل له خارج نطاق الشركة ، اذا لم يخبر هذا الغير بأنه شريك فى شركة ، أو أخبره بذلك دون أن يبين له مدى مقدرته، وأنه لا يستطيع القيام بالعمل للشركة وله . وجعل الجزاء ضمان ما يضيع من الربح على هذا الغير ، وهو أحد القولين فى المذهب ، كما اعتبره اذا أخذ مالا للغير ليعمل فيه فى هذه الحالة ، متعديا وحمله بضمان المال اذا ضاع .

أما المذهب الحنبلى فقد جعل الجزاء على الضرر الناتج من عمل الشريك صاحب حصة العمل لحساب الغير ، هو أحقية الشركة فى الربح الذى يحققه من العمل لحساب الغير ، وذلك تعويضا للشركة عما يكون قد لحقها من أضرار نتيجة لذلك .

ونجد أن هذا الجزاء يمكن أن يعتبر أصلا للجزاء الذى قرره أخيرا فقهاء القانون ، فهو جزاء مرتبط كل الارتباط بطبيعة الخطأ ، ونوع الضرر .

وجميل أن نجد لكثير مما يقرره القانون فى عصرنا الحاضر أصولا راسخة فى رحاب الفقه الاسلامى ، وكأن تطور القانون يدفعه الى قواعد هذا الفقه .

المطلب الخامس

خلط أموال الشركة بأموال الشريك بالعمل أو بأموال الغير

١٤٦ — يتصل بموضوع عمل الشريك الذى يقدم حصته فى الشركة عملا ، لحساب الغير أو لحساب نفسه ، تصرف معين يعتبر فى الفقه الاسلامى من سلطات هذا الشريك. هذا التصرف هو خلط أموال الشركة بأموال أخرى لصاحب حصة العمل نفسه أو للغير . وهى مسألة يجدر بحثها فى هذا الفصل باعتبار الصلة التى تتمثل بين خلط الأموال والعمل لحساب الغير — وان كان العمل هنا سيكون لحساب الشركة ولحساب الغير أو لحساب الشريك سويا — ولصلته بالتزام الشريك بتقديم عمله للشركة .

ونبحث هذا التصرف من حيث :

(١) موقف المذاهب من اعتباره أو رفضه.

(٢) الأساس الذى يمكن اسناده اليه .

(٣) تقييم هذا التصرف فى عصرنا الحاضر .

الفرع الأول

موقف المذاهب
من خلط أموال الشركة بأموال أخرى

١٤٧ — يقصد بالخلط هنا ، جمع أموال غير أموال الشركة اما من الشريك صاحب حصة العمل نفسه أو من الغير • وتضاف هذه الأموال الى أموال الشركة ثم يكون فى هذه الأموال جميعا ، وهذا الاجراء الذى قد يتخذه الشريك صاحب حصة العمل تختلف بالنسبة لاجازته مذاهب الفقه الاسلامى ، فمنها من أجازه ومنها من منعه • ونعرض لكل مذهب على حده •

١٤٨ — **المذهب الحنفى** يجيز لصاحب حصة العمل اذا فوض اليه التصرف تفويضا عاما ، أو صدر اليه اذن الشركاء بالخلط ، أن يخلط أموال شركة المضاربة بأمواله هو أو أموال للغير ، ثم يعمل فيها جميعا • وكذا يجوز له ذلك اذا كان العرف قد جرى به • وفى ذلك يقول الكاسانى : « وأما القسم الذى للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط ••• »[١]

ويقول صاحب الدر : « لا يملك المضاربة والشركة والخلط بمال نفسه الا باذن ، أو اعمل برأيك » • ويقول ابن عابدين تعقيبا على قول صاحب الدر : « الخلط بمال نفسه، أى يميزه كما فى البحر ، الا أن تكون معاملة التجار فى تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ولا ينهونهم فان غلب التعارف بينهم فى مثله وجب ألا يضمن ، كما فى التاترخانية »[٢]

وبذلك يتضح جواز الخلط بالعرف ولو لم يأذن فيه أو فوض التصرف بتفويض عام •

١٤٩ — **المذهب المالكى** : يذهب المالكية الى ما ذهب اليه الحنفية من اجازة الخلط اذا صدر اذن للشريك فى ذلك • وقد ورد فى المذهب بعض الأقوال تدل على جوازه بدون صدور اذن بقية الشركاء ، كما أنه فى بعض الفروض يعتبر الخلط مطلوبا من هذا الشريك وذلك اذا كان يقوم بالعمل ، بالاضافة الى العمل لحساب الشركة ، لحساب نفسه أو لحساب الغير ، وخاف أن يلحق الضرر بأحد هذه الأموال اذا تأخر التعامل فيه •

فعن اشتراط الاذن ليتمكن صاحب حصة العمل من الخلط يقول ابن جزيىء : « اذا خلط العامل ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فهو متعد »[٣] فلابد وفقا لهذا القول من صدور اذن خاص للشريك بالعمل من بقية الشركاء يجيز له اجراء الخلط •

وبالنسبة لعدم اشتراط الاذن يقول الدردير : « وجاز للعامل خلطه من غير شرط والا فسد •• »[٤] • وطبقا لهذا القول نتبين أن الخلط يقع ضمن التصرفات المخولة للشريك بالعمل بمطلق عقد المضاربة ، وبدون حاجة الى اذن خاص به • وكل الذى قيدت به هذه الاجازة هو أن لا يكون الخلطمشروطا على الشريك بالعمل فى عقد الشركة ، وهذا المنع مرجعه تطهير العقود من الشروط التى قد يترتب عليها منافع خاصة لأحد أطرافها•

وأما عن كون الخلط — كاجراء وقائى —

---

(١) البدائع ج ٦ ص ١٥ •
(٢) حاشية ابن عابدين ، وبهامشها الدر — ج ٤ — ٥٠٧ •
(٣) القوانين الفقهية ص ٢٧٣ •
(٤) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٥٩ ، والمدونة ج ١٢ ص ١٠٦ •

مطلوبا من الشريك بالعمل فقد تكلمت عنه المدونة فيما يلى : « ... أرأيت الرجل يدفع الى الرجل المال القراض فيعمل به ، ولنفسه مال يتجر به فيتخوف ان قدم ماله وأخر مال الرجل وقع الرخص ... قال الصواب من ذلك أن يخلطهما ويشترى بهما جميعا » [1] .

وعلى هذا يمكن أن نقرر أن المالكية قد أجازوا الخلط للشريك بالعمل ، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فى اشتراط الاذن — وذلك عدا الحالة التى يخاف فيها الحاق الضرر بأحد الأموال حيث يكون مطلوبا — فمنهم من شرط الاذن ، ومنهم من لم يشترطه .

فعلى اشتراط الاذن يكون المذهب المالكى كمذهب الحنفية ، وعلى عدم اشتراطه يكون أوسع منه .

١٥٠ — المذهب الحنبلى : يكتفى الحنابلة بالتفويض العام فى التصرف لاجازة الخلط ، وعن ذلك يقول ابن قدامة : « وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه ، لأنه أمانة فهى كالوديعة . فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك .. » [2] .

على أن قول ابن قدامه وان جاء خاصا بالخلط بمال المضارب ، الا أن هذا ليس معناه الاقتصار على ذلك . بل أن التفويض فى التصرفات يجيز الخلط بمال الغير أيضا .

وهو ما يفهم من قول ابن قدامه : « وهكذا القول فى المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها » [3] .

(١) ج ١٢ ص ١٠٢ .
(٢) المغنى ج ٥ ص ٤٥ .
(٣) المرجع السابق .

فاذا كان يملك المشاركة بتفويض العمل اليه تفويضا عاما ، فان يملك الخلط بمال الغير أولى .

١٥١ — المذهب الزيدى : يرى الزيدية أيضا جواز الخلط بالتفويض العام فيقول صاحب البحر الزخار : « وليس له الخلط ولا المضاربة ولا القرض ولا السفتجة [4] لمنع العرف من ذلك ، فان فوض جاز الأولان [5] » .

ويفهم من هذا القول أيضا أنه اذا تبدل العرف من المنع الى الاجازة ، أجيز الخلط ولو لم يؤذن به الشريك بالعمل أو يفوض تفويضا عاما . فالنص يقرر المنع أساسا تبعا لمنع العرف ذلك . فاذا كان العرف لا يمنع ذلك فى زمن ما أو فى بلد ما صار الخلط مباحا لهذا الشريك .

١٥٢ — المذهب الشافعى : الظاهر أن الخلط عند الشافعية لا يملكه المضارب حيث يقررون الضمان على صاحب حصة العمل اذا قام به . فقد جاء الحديث عندهم عن الخلط عاما دون تفرقة بين الحالة التى يؤذن للمضارب فيها والحالة التى يقوم بالخلط دون اذن أو تفويض . وهذا نص ما جاء فى نهاية المحتاج: « ... قال الامام لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم ينعزل » [6] . ومن هذا يتضح

(٤) السفتجه : لفظ فارسى معرب (المصباح المنير ج ١ ص ٣٧٨) وتطلق على نوع من الحواله « وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفعه قرضا لا أمانة ، ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هى أن يقرض انسانا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق » . (ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٨) ويمكن اعتبارها بذلك أصلا للكمبيالة .
(٥) ج ٤ ص ٨٣ .
(٦) ج ٤ ص ١٧٢ .

منع صاحب حصة العمل من خلط مال الشركة. ولعل المقصود بقوله (لم ينعزل) أن التصرف الذى يقوم به المضارب بأموال الشركة يكون نافذا ، ولكن اليد تتغير من الامانة الى الضمان . وهذا معناه أن الشركة قد فسدت، لأن الضمان يتنافى مع مقتضياتها . أما ماصدر من تصرفات فهى جائزة على الشركة لأنه مأذون بها ، فبيعه أو شراؤه صحيح لسبق صدور الاذن اليه بالتصرف .

وقد بحثت فيما استطاعت يداى الحصول عليه من كتب الشافعية عن حكم خاص بالخلط اذا صدر به اذن أو فوض صاحب حصة العمل التصرف تفويضا عاما ، فلم أجد .

وينقل ابن قدامة عن الامام الشافعى عدم اجازة الخلط ولو فوض الأمر لصاحب حصة العمل فيقول : « وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله .. فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك ... وقال الشافعى ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لأن ذلك ليس من التجارة » [1] .

ولعلنا نلمح فيما يرويه ابن قدامة عن الشافعى أثر العرف على اجازة هذا التصرف، ذلك أنه قال عن الخلط أنه ليس من التجارة، فلعله كان آنذاك ليس من صنيع التجار فى البلد الذى تحدث فيه الشافعى . ولعل يكون الخلط جائزا اذا جرى العرف فيما بعد بين التجار بجواز ذلك .

١٥٣ — بعد عرض موقف هذه المذاهب من خلط أموال شركة المضاربة ، يمكن القول أن الفقه الاسلامى — وفقا لرأى غالبية مذاهبه — يجيز خلط أموال هذه الشركة بمال صاحب حصة العمل أو مال الغير ، وأن يعمل فيهما معا . وذلك اذا فوض هذا الشريك التصرف أو أذن له فى الخلط اذنا خاصا ، وكذلك اذا جرى العرف بين التجار باجرائه .

ومع هذا تظل القاعدة العامة تحيط بهذه الاجازة ، وهى شرط عدم الاضرار بالشركة ، ويؤكد ذلك الامام مالك فيما يروى عنه فى المدونة من أن لصاحب حصة العمل ، « أن يأخذ من غير الأول اذا لم يشغله عن قراض الأول لكثرة مال الأول فاذا كان المال كثيرا فلا يكون له أن يأخذ من آخر حينئذ شيئا . قلت ويكون له أن يخلط المالين اذا أخذهما وهو يحتمل العمل بهما ، قال نعم » [2] .

كما أن هذا الاجراء قد نيط بالاذن أو التفويض ، فلا يتصور أن يصدر الاذن بالخلط مع احتمال وقوع الضرر بأموال الشركة ومصالحها . وكذلك لا يتصور أن يفوض شخص فى التصرف تفويضا عاما فى أموال الشركة الا اذا عرف عنه الحرص ، فاستبعد احتمال أن يتصرف تصرفا يترتب عليه ضررا بأموال الشركة ومشاريعها .

أما اذا كان مصد راجازة الخلط هو العرف، فتكون معاملات الناس قد استقرت على ذلك. ولا تستقر المعاملات على ما يحقق الاضرار.

ومع هذا نرى أن الاذن يكون مطلوبا لأن الأشخاص يتفاوتون من حيث المقدرة والكفاءة، فقد يستطيع شخص أن يقوم بما لا يقدر عليه شخص آخر . وعلى ذلك يكون المرجع فى كل حالة على حدة وفق ما يستقر عليه اتفاق الشركاء ، فهم يستطيعون تقدير مدى قدرة الشريك صاحب حصة العمل وعلى

(١) المغنى جـ ٥ ص ٤٥ .

(٢) جـ ١٢ ص ١٠٦ .

أساس تقديرهم ، يكون تفويضهم له التصرف تفويضا عاما ، أو اعطائه الاذن الخاص فى كل تصرف على حدة وفق أهمية وخطورة هذا التصرف .

الفرع الثانى

الأساس الذى يمكن اسناد الخلط اليه

١٥٤ — اذا كان للشريك صاحب حصة العمل أن يزاول عملا لحسابه أو لحساب الغير ، بالاضافة الى عمله لحساب الشركة (المضاربة) ، طالما أن ذلك لا يترتب عليه الحاق أى ضرر بمصالح الشركة . فان الخلط فى حقيقته ليس الا وسيلة عمل ، وليس نوعا مستقلا من العمل . حتى أن المالكية يرون فيه وسيلة وقاية من وقوع الضرر بالمال فى بعض الأحيان .

وهم فى ذلك يرونه واجبا أو مندوبا اليه ، فاذا لم يقم به كان موضع مساءلة عند من يراه واجبا [1] .

وقد يقال اذا كان الخلط مجرد وسيلة فلماذا اشتراط الاذن أو التفويض اذن ؟ ونجد الجواب على ذلك عند الكاسانى حيث يقول عن الخلط ، « .. أنه يوجب فى مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه » [2] . فالخلط وان كان وسيلة تتخذ توطئة للتصرف، الا أنه يجعل الأموال المخلوطة كأنها ملكية واحدة ، فهو يحقق الملكية المشتركة فى مجموع الأموال المخلوطة،وهذا يرتب على مال الشركة حقوقا للغير الذى خلط ماله مع أموالها .

على أنه من ناحية أخرى فان حقوقا للشركة سترتب على مال هذا الغير أيضا .

١٥٥ — واذا كانت الشركة طريقا هاما لجمع الأموال وحشد جهود الأفراد بغرض القيام بمشروعات ضخمة ، فان الخلط كذلك وسيلة لتجميع المال للشركة ، فيمكن بذلك توسيع النشاط التجارى ، كما أنه وسيلة لحماية بعض المال من أن يحيق به الضرر نتيجة تأخيره عن التعامل ، أو تقديم مال آخر عليه فى الاستثمار .

وقد أوضح المالكية فيما نقلنا عنهم أن أخذ المال من الغير وخلطه بمال الشركة لا يكون اذا كان مال الشركة كثيرا ، فاذا كان كذلك فلا يكون للشريك صاحب حصة العمل أن يأخذ أموالا أخرى ليتجر فيها . اذن فأخذ المال من الغيروخلطه بمال الشركة لا يكونان جائزين الا اذا كان مال الشركة قليلا . وقد لا يسعف هذا المال القليل فى عقد صفقات كبيرة أو انجاز مشاريع ضخمة تحقق وافرا من الأرباح . لذلك كان للشريك صاحب حصة العمل أن يخلط مال الشركة بأموال أخرى للغير توفيرا لامكانيات الشركة .

وعند الحنفية يجوز الخلط لهذا الشريك ، واذا لم ينص عليه نصا خاصا اذا قيل له اعمل برأيك ، وهذا هو معنى التفويض العام فى التصرف ، ويتفق الحنابلة والزيدية مع الحنفية فى ذلك .

هذه العبارة تحمل معنى جعل رعايةمصالح الشركة لهذا الشريك لأنه تفويض له ليتصرف بما يراه . وهذا لا يكون الا لشخص له عند الناس ثقة كبيرة فى تعامله وحسن تصرفاته .

فكأن الخلط وسيلة يترتب عليها تحقيق

---

(١) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٥٩ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٩٥ .

أغراض الشركة ذاتهـا ، فهو يدخـل ضمن الاجراءات التى يلحظ فيها صالح الشركة •

الفرع الثالث

تقييم الخلط فى عصرنا الحاضر

١٥٦ ــ تبينا من أقوال علماء الفقه الاسلامى أن اشتغال صاحب حصة العمل بماله أو بأموال غيره فى نوع النشاط الذى تقوم به الشركة لا يعتبر بالضرورة منافسة لها ، ولا يفترض فيه الحاق الضرر بمصالحها ، بل على العكس قد يكون هذا الاشتغال ــ فى حالة الخلط ــ وسـيلة لمساعدة الشركة على القيام بتحقيق أغراضهـا ، وانجاز مشاريعهـا ، اذا كانت أموالها غير كافيـة •

واذا كان التنسيق فى العمل ــ وهو متوقع من شخص توضع فى يده مقاليد أمور الشركة بتفويضة التصرف بما يراه ــ على أسـاس رعاية مصـالح جميع الأموال ، فلا تتصـور حينئذ منافسة ما • ولا يكون تحقيق هـذه المنافسة وبالتـالى الحـاق الاضرار بالشركة الا اذا تلاعب الشريك بمصالحهـا ، لحساب نفسه أو لحساب الغير •

أما اذا كانت الشركة تقصد الى قيامهـا وحدها بنوع النشاط الذى تقوم به ، ولاترضى قيام غيرها به ، فهى لا شك ترى فى عمـل الشريك فى نفس نوع نشاطها منافسة لها • ولكن قصد الشركة قد يكون نوعا من الاحتكار ، وهو ما تمنعه الشريعة الاسلامية لمـا فيه من معنى الاستغلال •

لكن اذا وقع الضرر نتيجـة الاهمـال أو التعدى تتحرك قواعد التعويض لاصـلاح نتائج هذا الضرر • كمـا أن افتراض عمل الشريك فى نوع النشاط الذى تزاوله الشركة منـافسة لهـا ، افتراض لا يجب التسليم المطلق به ، وانما يجب أن ينظر فى كل حالة على حدة حسب ظروفها ، ووفق مـا يتضح من تفاصيلهـا •

١٥٧ ــ بعد ذلك نقول أن خلط مال الشركة بأموال أخرى للغير ، وان كان يظهر فى صورته البسيطة ، الا أنه فى الواقع يضع أيدينا على الأسـاس الذى يرد اليـه اجراء هـام من الاجراءات التى تتخذ حاليا فى محيط الشركات، هذا الاجراء هو زيادة رأس مال الشركة •

وزيادة رأس مـال الشركات فى القـانون الوضعى قد يكون بادخال شركاء جدد سواء عن طريق عرض أسهم المـال فى اكتتاب عام كما فى شركات المساهمة ، وفى هذه الحـال يجمع المـال دون اعتبار لاشخاص المكتتبين ودون أن يعرف بعضهم بعضا ، ولا صـلة تربطهم الا ما يأملون فيـه من الربح • أو يكون ادخال الشركاء الجدد عن طريق تعديل عقد الشركة ليتضمن أسـماء هؤلاء الشركاء الذين يقدمون حصـصا من المـال كمـا فى شركات الأشخاص •

وقـد يكون توفير احتيـاجات الشركة من المـال عن طريق الاقتراض ، ويبيح القانون لشركات المساهمة اصدار سندات بقيمة القرض، ويكون لها فوائد ثابتة • ولا يوجد ما يمنع شركات الأشخاص من أن تعقد قرضـا مع الغير ــ بنـوكا كان أو أفـرادا ــ لتحقيق نفس الغرض •

١٥٨ وفى صـورة زيادة رأس المـال عن طريق ادخال شركاء جدد فى الشركة ، نجـد الخلط يحقق نفس النتـائج ولكن دون أن يدخل أصحاب الأموال الجدد كأطراف فى عقد الشركة ، وان ترتبت على هذا الخلط حقوق

متبادلة على الأموال المخلوطة ، واعطاؤهـا صورة الملكيـة المشتركة • فأصحاب الأموال التى خلطت بمال الشركة يقتسمون الأربـاح التى تتحقق نتيجة العمل الذى بوشر بمجموع الأموال ، مع الشركاء الأصليين فى الشركة ، وكذلك يتحملون بما قد يحدث من خسـائر ، مع هؤلاء الشركاء فى الأموال التى خلطت •

أما عن القرض بالفوائد الربويـة بقصـد توفير المـال لدى الشركة دون زيادة رأس المـال ، فان زيادة رأس المال عن طريق الخلط يكون الوسيلة المثلى سواء فى صورته الأولى التى هى ادخال أموال جديدة دون أن يكون أصحابها أطرافا فى العقد الأصلى ، أو الصورة الحديثة له وهى ادخال شركاء جدد عن طريق الاسهام فى زيادة رأس المـال ، حيث أنه يتجنب التورط فى المعاملات الربوية •

١٥٩ — واذا كان حق اتخاذ هذا الاجراء — زيـادة رأس المـال — لجميـع الشركاء أو لأغلبيتهم ، وفق ما ينظمه عقد الشركة • فان الخلط — كاجراء له آثـار خطيرة — يخضع أصلا لما يراه جميع الشركاء أو أغلبيتهمحسب الأحوال • ولذلك يصدر به الاذن أو يتضمنه التفويض ، فهو عمـل يؤثر على مستقبـل الشركة • فاذا صدر الاذن به أو فوض صاحب حصة العمل ليتصرف برأيه ، فقام بخلط مـال الشركة بأموال أخرى فانما ذلك باعتباره القائم على شئون الشركة ، ولا يعتبر اتخاذه هذا الاجراء عملا فرديا ، المرجع فيه الى رأيـه وحده ، لانه انما يتخذه نائبـا عن الشركاء أصحاب الحق فى اتخاذه ، بناء على تفويض أو اذن منهم •

فاذا لم يؤذن لهـذا الشريك بذلك ، أو لم يفوض به ضمن التفويض العـام للتصرف فى أمور الشركة • فلابد له ان يعود الى أصحاب الحق كلما رأى ضرورة لان يخلط مال الشركة بماله أو بمـال الغير ، يعرض عليهم الأمـر ويشرح الظروف ، ولهم بعد ذلك ان يأذنوه أو يرفضوا طلبه • ولعل هذا يعطينا الأصل للصورة الحديثة لادارة الشركات ، اذ يتولاها مجلس ادارة نيـابة عن الجمعيـة العمومية للمساهمين فى شركات المساهمة ، وتظل لهـذه الجمعية بعض السلطات تحتفظ لنفسها بحق اتخاذها ، لما لهـذه السلطـات من خطـورة معينة ، وذلك كقرار زيادة رأس المال ، أو عقد القروض ••• الخ ••• الخ • وكذلك الامر فى شركات الاشخاص حيث يقوم المدير بدلا من جميع الشركاء بادارة الشركة فيما يخـول من تصرفات تتصل بالادارة العادية •

وهكذا نجد ان الفقه الاسلامى قد وضـع الأصل والأساس الذى ترد إليه فكرة من أهم وأخطر الأفـكار التى تقوم عليهـا نظريـة الشركات ، وهى فكرة زيادة رأس المـال عن طريق ادخال شركاء جدد • وكذلك نجـد فى رحابه ما يعتبر أساسا للطرق المستحدثـة فى كيفية ادارة شئون الشركات •

١٦٠ — وبذلك نأتى الى نهـاية البحث فى العنصر الأول من عناصر تعريف حصة العمل وهو النشاط الايجابى المستمر المفيد ، الذى يلتزم بتقديمه الشريك صاحب الحصة بالعمل، ويكون موضوع حصته ، وقد اتضح من هذا البحث مضمون هذه الحصة ، وكيف أنهـا تتضمن التزامين يكمل كل منهما الآخـر ولا ينفصل عنـه •

كما وضح مدى التزام هذا الشريك منحيث الاتفاقات المانعة له من مزاولة أى عمل آخر، والزامه بتخصيص كل وقته وجهده لاغراض الشركة ، وكذلك من حيث كيفية التوفيق بين عمل الشركة وعمله الخاص فى حالة عـدم وجود الشرط المانع •

المبحث الثانى

نية تحقيق أغراض الشركة

١٦١ ـ اتجاه الشريك بالعمل بنشاطه الى تحقيق أغراض الشركة :

الشريك صاحب الحصة بالعمل وهو يؤدى حصته للشركة ـ شأنه فى ذلك شأن سائر الشركاء ـ يحكمه فى هذا الاداء قصد معين هو تحقيق المشروع المشترك الذى قامت الشركة من أجله ، أو بمعنى اخر تحقيق أغراض الشركة • وهو لهذا يتعاون مع بقية الشركة من أجله ، أو بمعنى آخر تحقيق القصد هو الذى يجعل وضع الشريك بالعمل يختلف عن وضع العامل الاجير الذى يقدم عمله فى مقابل ثابت ، فهذا الأخير تتخلفعنده نية للمشاركة التى توجد لدى الشركاء وتحكم علاقاتهم بالشركة • فالاجير حقه فى أجره ثابت سواءحققت الشركة ماتصبو اليه أم لا• وسواء حققت أرباحا أو تخلفت هذه الارباح، بل هو يتقاضى أجره حتى فى الحالات التى تتردى فيها الشركة فى الخسائر • كما أنه يؤدى عمله كالتزام يقع على كاهله فى مقابلة أجره دون ان يكون قاصدا الى تحقيق أهداف الشركة ومشاريعها ، فهو عامل يؤدى عملا محددا ضمن أعمال الشركة ، حتى ولو ترتب على ما يقدمه من عمل الاسهام فى تحقيق أغراض الشركة •

١٦٢ ـ وقصد تحقيق الشروع المشترك يتنافى مع رابطة الخضوع والتبعيه التى تربط العامل برب العمل • فالشريك الذى يقدم حصته عملا لا تحكم علاقته بالشركه رابطة التبعيه ،حيث انه يتساوى مع بقية الشركاء فى الحقوق والواجبات المترتبة على عقد الشركة، ولا نقصد بهذه المساواة ، مساواة مادية فى اقتسام هذه الحقوق او تحمل الواجبات ، فليست هذه هى المساواة المقصودة • فقد يكون نصيب احدهم فى الارباح اكثر من نصيب الباقين ، كما قد يكون لاحدهم حق الاداره دون الآخرين • ولكن المقصود هو الحق فى الاشراف على مجريات الامور فى الشركه وهذا الحق يتساوى فيه الجميع ولا يحرم منه اى شريك ، وكذلك يتساوى جميع الشركاء فى التعاون الذى يسهمون به ابتغاء نجاح شركتهم •

اذن فصاحب حصة العمل يسعى بعمله الذى يقدمه كحصة فى الشركة الى قصد جماعى ، يشترك فيه مع بقية الشركاء ، هذا القصد هو تحقيق الغرض الذى تكونتالشركة من أجله • لكنه وبحكم طبيعة التزامه بتقديم عمله حصة فى الشركة ، يتميز وضعه عن بقية الشركاء أصحاب الحصص المالية • فأداؤه لحصته يقتضى منه ـ كما رأينا ـ تدخلا ايجابيا مستمرا لتستفيد به الشركة • فكل أداء من الأداءات المتعاقبة التى تتم بها الحصة بالعمل ، يتضمن القصد الى تحقيق أغراض الشركة ، فالقصد على ذلك قائم لديه ومتجدد على مدار فترة حياة الشركة • هذا القصد المتجدد يحيط بنشاطه ، ويوجه كل عمل يعمله ، ويدفعه دائما لسلوك السبيل الموصل الى أهداف الشركة • فهو يعيش قصد الشركة ويحيا فى أغراضها •

لذلك قلت أنه يتميز عن بقية الشركاء ـ أصحاب المالية ـ الذى يوفون بحصصهم عند تكوين الشركة ، ثم ينتظرون نتائج نشاطها • فكأن هذا القصد عندهم يقترب من مجرد الأمل فى النجاح ، ولعل هذا يتفق وطبيعة أوضاعهم فى الشركة التى قد تبعدهم عن التدخل الايجابى فى نشاط الشركة • ولعلنا نلمح هذا الوضع واضحا جليا بالنسبة

للمساهمين فى شركات الأموال أكثر منه عند غيرهم .

على ان وضع الشريك صاحب الحصة بالعمل يتميز أيضا عن بقية الشركاء – أصحاب الحصص المالية – فى شركات الاشخاص ، حيث انه غالبا ما يتولى عنهم ادارة الشركة ، حتى فى الفروض التى لا يتولى هذه الادارة وانما يقوم بأعمال أخرى ، فانما هى أعمال لها من الاهمية ما استحق به ان يكون شريكا وليس أجيرا . ولذلك فان القصد عنده يظل باقيا ومتميزا لانجاح الشركة وتحقيق أهدافها ، حتى لا يضيع جهده ووقته هباء .

واذا كان الامر كذلك فان تحقيق أهداف الشركة لا شك يوصل هؤلاء الشركاء جميعا الى تحقيق المقابل المنتظر لما قدموه ، وهو الربح .

المبحث الثالث

القصد الى الحصول على جزء من الارباح

١٦٣ – تحقيق الربح هو ما يقصد اليه كل شريك من دخوله الشركة ، ولذلك فهو يسعى متعاونا مع شركائه لبلوغ هدفهم ، وهم فى تعاونهم انما يتحملون نشاطا ذا تبعة ، حيث أنهم يضعون فى الاعتبار توقع عدم تحقق الربح . وينطبق ذلك على الشريك صاحب الحصة بالعمل ، فهو باعتباره شريكا انما يسعى للحصول على نصيب من الارباح التى تتحقق نتيجة لنجاح الشركة فى أعمالها . فعمله مقابل بنسبة من الارباح وليس أجرا محددا يتقاضاه مهما كانت ظروف الشركة ونتائج نشاطها .

وقد تضمن التعريف الذى اخترته لحصة العمل الاشارة الى مقابلة العمل بنصيب من الارباح ، لان ذلك ما يسعى اليه هذا الشريك بصفة أساسية ، وان كان هو ما يسعى اليه بقية الشركاء أيضا ، الا أنه بالنسبة لهذا الشريك أظهر . فهو يظل ملتزما طوال فترة حياة الشركة ببذل جهده لصالحها ، وقديعطله هذا عن أى كسب آخر . فهو يأمل فى هذا الربح بعد ان ارتضى هذا الوضع وفوت على نفسه الأجر المحدد الثابت الذى تتحمل به الشركة مهما كانت أحوالها المالية . اما بقية الشركاء الذين يقدمون أموالهم فان أوقاتهم تظل ملكا لهم يتصرفون فيها كيف يشاؤن ، فيمكنهم شغلها بما يدر دخولا أخرى غير ذلك الربح المنتظر .

١٦٤ – من المتفق عليه سواء فى الفقه الاسلامى أو القانون الوضعى ان عقد الشركة يتضمن تحديد أنصبة الشركاء من الربح فهو موضوع يخضع لاتفاق الشركاء ، بشرط ان لا يجحف هذا الاتفاق باحد منهم فيحرمه من الأرباح أو أن يكو نصيبه تافها بحيث يخفى وراءه حرمانا منها ، وان لا يحابى أحد الشركاء أو بعضهم فيستأثر بكل الربح . وقد أوردت المادة ٥١٥ مدنى النص المانع من مثل هذه الاتفاقات والذى جعل الجزاء عليها بطلان الشركة .

الا ان الاختلاف بعد ذلك فيما بين الفقه الاسلامى والقانون يظهر بوضوح ، حيث أباح القانون الاتفاق على توزيع الارباح بين جميع الشركاء ولو تفاوتت نسب الربح الموزع مع الحصص التى قدمت ، ولو لم يكن لهذا التفاوت أى مبرر .

فالمهم لدى القانون أن يحصل كل شريك على نصيب من أرباح الشركة ، ولكن لا اعتبار لقدر هذا النصيب ، فسواء كان قليلا أو كثيرا صح الاتفاق الذى يقرره . كل ما هنالك ان

تلك القلة أو الكثرة لا يجب ان يكون من ورائها هدف الحرمان من أقسام الربح أو الاستئثار به جميعا .

أما الفقه الاسلامى فالقاعدة عنده ، وهى قاعدة ملزمة ، وجوب تناسب النسب الموزعة من الربح مع الحصص المالية المقدمة من الشركاء .

فلا يجوز ان يحصل شريك على ربح يزيد على نسبة ما قدم من مال ، والا فمعنى ذلك انه يحصل على ربح مال غيره ، دون وجه حق. ومن هنا يتضح ان المساواة التى تتضمنها نية الاشتراك ، لا تقتصر فى الفقه الاسلامى على تساوى الشركاء المجرد فى المركز القانونى قبل الشركة ، بمعنى انتفاء رابطة التبعية فيما بينهم ، انما هى تمتد لتلحق بالحقوق التى يرتبها عقد الشركة ، كما تلحق بالواجبات أيضا . وفى ذلك تحقيق لمبدأ العدالة فيما بين أطراف عقد تتفق مصالحهم ولا تتعارض .

فهذه القاعدة تقضى على أى نفوذ قد ينشأ ولو كان نتيجة لتقديم أحد الشركاء معظم رأس مال الشركة . وذلك باعتبارها السبيل الحقيقى لايجاد فكرة المساواة فيما بينهم ، فان حصول أحد الشركاء على معظم أرباح الشركة يجعله فى مركز يستطيع منه أن يكون القوة الفعالة المحركة بحيث يظهر بقية الشركاء الى جانبه وكأنهم من الاتباع .

١٦٥ — وعن هذه القاعدة يقول الشيرازى من الشافعية : « ويقسم الربح ... على قدر المالين لان الربح نماء مالهما ... فان شرطا التفاضل فى الربح .. مع تساوى المالين أو التساوى فى الربح .. مع تفاضل المالين لم يصح العقد لانه شرط ينافى مقتضى الشركة [1] » . على ان هذه القاعدة ليست فقط عند مذاهب الشافعية والمالكية وأهل الظاهر وزفر من الحنفية ، بل هى مطردة التطبيق لدى المذاهب الاخرى أيضا مع اختلاف بسيط فى نطاق التطبيق ، فمذاهب الحنفية والحنابلة والزيدية ورأى للامامية قد جعلت للعمل فى شركات الأموال وضعا متمايزا ، يترتب عليه تخصيص قدر من الأرباح له اذا زاد على مقدار العمل العادى الذى يكلف به جميع الشركاء، أو اذا انفرد بالعمل او ادارة الشركة أحد الشركاء دون الآخرين . فيكون له فى مقابل العمل أو الادارة حصة من الربح بالاضافة الى حصة ربح ماله .

وتخصيص حصة من الربح للعمل الزائد، كما كانت زيادته أو كيفا لايخل بالقاعدة،ولا تختل معه حقوق بقية الشركاء ، بل على العكس يتأكد به تطبيق قاعدة المساواة بين الشركاء تطبيقا كاملا . وبيان ذلك انهم سيجنبون لحصة العمل — التى تكونت من عمل أحدهم الزائد — جزءا من الربح ، ثم يقسم الباقى على الحصص المالية وفقا لنسبتها فى رأس المال ، أو انهم — وهذا ما يصرحون به أحيانا — يعطون للذى زاد عمله ربح ماله كله ، اذ انه قدم ماله وعمل فيه ، كما يعطى أيضا ما يقابل عمله فى مال الآخرين ، وهو يعطاه من نصيبهم فى الربح . فالنظر الفاحص الى رأى هذه المذاهب يدل على أمعانها فى التمسك بقاعدة المساواة ، وحرصها على تحقيق القسط الاكبر من العدالة بين الشركاء بحيث يمكن القول ان الربح يقسم بين الشركاء — وفقا لما

---

(١) المهذب ج ١ ص ٣٤٧ ، ونفس المعنى عند المالكية — راجع المدونة ج ١٢ ص ٦٢ وهو ما يراه زفر من الحنفية — راجع مبسوط السرخسى ج ١١ ص ١٥٦ . وكذلك أهل الظاهر — راجع المحلى ج ٨ ص ١٢٥ .

يراه علماء جميع المذاهب ـ بالتطبيق لقاعدة التناسب بين الربح ومقدار الحصص المالية.

ويقول محمد بن الحسن الشيباني: «والربح بينهما على ما اصطلحا عليه لانه قد يكون أحدهما ابصر بالشراء والبيع ، فيأخذ فضل الربح لفضل البصر فهذا لا بأس به ..»(١).

ويوضح السمرقندى الحنفى طريقة التوزيع فيقول : « شرطا العمل على الذى شرط له فضل فى الربح جاز لانه عامل فى ماله وربحه له، وعامل فى مال شريكه ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل . وان شرط العمل على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز ، لانه شرط للآخر فضل بغير عمل ولا ضمان (٢) » .

واذا كان اتفاق الشركاء على اقتسام الربح مقيدا بالتزام هذه القاعدة ، بحيث لا يصح الاتفاق على خلافها ، فاذا وقع هذا الاتفاق بطل وحده عند الحنفية والحنابلة وهو : يكون كذلك لو شرطت زيادة الربح دون زيادة من عمل أو مال . ويمتد بطلان الشرط الى الشركة بأسرها فيبطلها عند الشافعية والمالكية وأهل الظاهر والزيدية والامامية (٤) ، ويكون الشرط باطلا عند الشافعية والمالكية وأهل الظاهر لو شرطت زيادة الربح ولو فى مقابلة زيادة فى العمل .

١٦٦ ــ سكوت الشركاء عن ذكر طريقة توزيع الربح :

قد يحدث أن يأتى عقد تكوين الشركة خلوا من النص على طريقة توزيع أرباح الشركة بين الشركاء . والقاعدة فى مثل هذه الحالات سواء فى الفقه الاسلامى أو القانون الوضعى ان يوزع الربح وفقا لنسبة الحصص فى رأس المال . ومع ذلك ففى الفقه الاسلامى رأى يقول بافساد الشركة ذاتها اذا اغفل عقدها كيفية توزيع الربح ، ويجدر بنا ان نشير الى ان عند أصحاب هذا الرأى يكون توزيع ما يتحقق من الربح قبل افساد الشركة وفقا لنسبة الحصص المالية .

ونعرض لبعض الاقوال التى تمثل الاتجاهين .

يقول ابن قدامة من الحنابلة : « والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا انهما اذا أطلقاها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالين . » (٥) فالشركة ــ وفقا لهذا الرأى ــ تظل قائمة صحيحة رغم اغفال عقدها طريقة توزيع الارباح ، وبهذا النظر يأخذ الشافعية والمالكية (٦) .

أما الحنفية فتفسد عندهم الشركة اذا لم يتضمن عقدها ذكر أنصبة الشركاء فى الربح وذلك بسبب الجهالة التى تفضى الى النزاع . وفى ذلك يقول الكاسانى : « أن يكون الربح معلوم القدر ... لان الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد ... » (٧) .

---

(١) الأمالى ص ٤٠ .
(٢) تحفة الفقهاء ج ٣ ص ٦ . ونفس المعنى عند الحنابلة راجع المغنى ج ٥ ص ٢٧ ، كما يأخذ به الزيدية ، راجع البحر الزخار ج ٤ ص ٩٥ ، ورأى للامامية راجع مفتاح الكرامه ج ٧ ص ٤٠٣ .
(٣) راجع الأمالى ص ٤١ ــ والمغنى ج ٥ ص ٦٥ .
(٤) راجع المهذب ج ١ ص ٣٤٧ ، والمدونة ج ١٢ ص ٦٢ ، والمحلى ج ٨ ص ١٢٥ ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٩٢ ، ومسائل الخلاف للطوسى ج ١ ص ٢٤٧ .
(٥) المغنى ج ٥ ص ٣٣ .
(٦) راجع أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٥٨ ، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ٢ ص ١٥٠ .
(٧) البدائع ج ٦ ص ٥٨ .

ومثل هذا الرأى يقول به صاحب كشاف القناع من الحنابلة ،[1] وعلى هذا يكون فى المذهب الحنبلى رأيان يمثلان الاتجاهين .

على ان الرأى الاول ، وهو الذى يبطل الشرط وحده ان يمتد الى الشركة ذاتها ، يتفق والمنطق ومقتضيات عقد الشركة ، ويساير قاعدة التساوى بين الربح ونسبة الحصة فى رأس المال . فعدم ذكر أنصبة الشركاء فى الربح لا يؤدى بالضرورة الى الجهالة المفضية للنزاع ، لان القاعدة الأصلية فى توزيع الربح هى قاعدة التناسب بين الحصة فى رأس المال والنصيب من الربح . فكأن ارادة الشركاء حين سكتت عن ذكر كيفية التوزيع بين نصوص العقد ، تؤكد خضوعها للقاعدة ، لاسيما وانها قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها . كما قد يدل هذا السكوت على عدم وجود تفاضل فى العمل ، والا حرص صاحبه على توكيد حقه .

ويتفق القانون الوضعى مع الرأى الاول ، وهو رأى غالبية مذاهب الفقه الاسلامى . فالشركة عنده صحيحة ويكون الاساس فى نسبة التوزيع هو حصص الشركاء فى رأس المال ، وقد تضمنت هذه القاعدة المادة ٥١٤ مدنى فى فقرتها الأولى حيث نصت على أنه: « اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الارباح والخسائر كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال . » لكن ماذا يكون وضع حصة العمل فى الاحوال التى يسكت الشركاء فيها عن ذكر نصيبها من أرباح الشركة ، هذا ما سنبحثه فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، لنتبين موقفهما وما يتطلبان بالنسبة لتقدير نصيب هذه الحصة من الربح .

ونخصص لذلك المطلبين التاليين .

المطلب الاول
فى
الفقه الاسلامى

١٦٧ — رأينا كيف يحكم الفقه الاسلامى الوضع الذى يسكت فيه الشركاء عن النص فى عقد الشركة عن الكيفية التى انعقد عليها اتفاقهم لتوزيع الربح .ولا صعوبة اذا لم يكن هناك سوى الاموال قد قدمت من الشركاء حصصا فى رأس مال الشركة،فنسبة حصصهم ستكون الاساس الذى يوزع الربح بمقتضاه. أما وجود حصص عمل فى هذه الحال فيثير الصعوبه ، لان النص على نصيب حصة العمل من الربح ينطوى على تقويم هذه الحصص اذا لم يكن قد تم تقويمها من قبل .

وفى هذا الصدد نلاحظ تشدد الفقه الاسلامى فى وجوب تقدير نصيب حصة العمل من الربح ، والنص عليه فى عقد شركة المضاربه ، حتى لو سكت عن ذلك فسدت الشركه عند البعض ، وهى تفسد عند الجميع لو أدى الاتفاق الى جهالة مقدار الربح الموزع .

ونرى فى ذلك رعاية للشريك صاحب الحصة بالعمل،لانه يستحق نصيبه فى الربح بالاتفاق. وتقدير النصيب فى الربح انما يترتب فى الواقع على تقويم العمل ذاته ، وتقويم العمل لا يمكن ان يكون باتخاذ موقف سلبى وهو ما يحدث اذا سكت عنه ، فكانت الحاجة الى الشرط فى حق هذه الحصه ظاهرة .

وكذلك يجب ان يكون الشرط مانعا من الجهاله حتى لا يفضى الى النزاع . وعلى ذلك اذا تضمن العقد ذكر نصيب صاحب حصة العمل من الربح دون ذكر نصيب اصحاب حصص رأس المال ، صح العقد عند الجميع

---

(١) ج ٢ ص ٢٥٤ .

لأن أنصبة رأس المال من الربح تتبع المال المقدم من كل شريك ، باعتبارها نماء لهذا المال .

فلو تعدد الشركاء أصحاب الحصص المالية يكون نصيبهم من الربح هو الباقى بعد نصيب حصة العمل ، فيوزع عليهم بقدر ما قدموا من حصص فى رأس المال . وتفسد شركة المضاربة أيضا اذا لم يذكر كيفية اقتسام الربح أصلا ، بمعنى اغفال العقد لذكر نصيب أى طرف من الأطراف ، لأنه فى هذه الحالة يفتقد ما يساعد على تقدير نصيب حصة العمل . ونفصل ذلك بأقوال بعض علماء المذاهب ، ونبدأ بالقاعدة الاساسية فى ذلك .

الفرع الاول
وجوب تحديد حصة العمل من الربح

١٦٨ — يتفاوت العمل المكون لحصة فى تكوين شركة ، من شركة الى أخرى ، وبالتالى من شريك الى آخر ، ولذلك كان حرص الفقه الاسلامى على تقدير نصيب الحصة بالعمل فى عقد الشركة من الربح شديدا ، وذلك حتى يضمن لأصحاب العمل حقهم دون ما نزاع يشجر بينهم وبين سائر الشركاء ، وسنرى فى أقوال علماء هذا الفقه ما يوضح هذا الحرص .

فالسرخسى من الحنفية يقول : « لان المضارب (صاحب حصة العمل) يستحق الربح بالشرط فأما رب المال فانما يستحق الربح باعتبار أنه نماء ملكه ، فمطلق الشرط ينصرف الى جانب من يحتاج اليه .. » [١] وهكذا يوضح هذا النص حاجة العمل الى التقدير والتقويم ، حتى انه يرى أنه اذا شرط نصيب من الربح دون ان ينسب الى أى من الشركاء ، كان هذا النصيب المشروط للحصة بالعمل ، حيث انها هى التى تحتاج الى التقويم وتقدير النصيب من الربح لان رأس المال يسهل تقديره وبالتالى تطبيق القاعدة العامة عليه فيوزع باقى الربح وفقا لأنصبة الشركاء فى رأس المال .

ويقول صاحب نهاية المحتاج من الشافعية: « ويشترط اختصاصهما بالربح فيمتنع شرط بعضه لثالث ما لم يشرط عليه العمل معه ... واشتراكهما فيه ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله .... والقول بأنه لا حاجة لهذا (اشتراكهما فيه) لانه يلزم من اختصاصهما به ، مردود بمنع اللزوم لاحتمال ان يراد باختصاصهما به ان لا يخرج عنهما وان استأثر به احدهما فتعين ذكر الاشتراك .... (ثم يقول) لانصراف مالم يشرط للمالك بحكم الاصل [٢] » .

والحطاب من المالكية يقول : « ومعرفة الجزء الذى تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعا لا مقدرا بعدد ... » [٣] .

ويقول ابن قدامة الحنبلى : « ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحق بالشرط فلم يقدر الا به .... (ثم يقول فى موضع آخر) أو قال بالثلث أو الربع صح (أى دون ان يضاف هذا النصيب الى أى منهما) وكان تقدير النصيب للعامل ، لأن الشرط يراد لأجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط ، والعامل يستحق بالعمل ، والعمل يكثر ويقل . وانما تتقدر حصته بالشرط فكان له [٤] » .

---

(١) المبسوط ج ٢٢ ص ٢٣ .

(٢) ج ٤ ص ١٦٥ — ١٦٦ .
(٣) مواهب الجليل ج ٥ ص ٣٥٨ .
(٤) المغنى ج ٥ ص ٢٩ — ٣٠ .

١٦٩ — لعل فى هذه النصوص ما يبرز مدى أهمية الشرط بالنسبة للشريك بالعمل ، فصاحب حصة العمل يجب ان يذكر نصيب عمله من الربح ، لان السكوت عنه قد لا يوصل الى التقدير الحقيقى لهذا العمل ، لا سيما ان الأشخاص يختلفون — فى العمل الواحد — من حيث الاداء وكيفيته ، ومن حيث الطاقة التى

يمكن بذلها لانجاز أعمال الشركة • ؟

اذن فالاتفاق على نصيب الشريك بالعمل من الأرباح وذكر ذلك صراحة فى العقد يعتبر ضروريا بالنسبة لهذا الشريك لأن تقدير الربح عبارة عن تقديم تعدد العمل وهو أصلا غيرمعلوم•وذلك على اختلاف الحصص المالية وهىمعلومة القدربطبيعتها مالم تكن حصصا عينيةتحتاج الى التقويم فمعملاحظة ان مذاهب الفقه الاسلامى منعت ان يكونرأس المال شركة المضاربة حصصا عينية — عقارا أو عرضا — مالم يتم بيعها قبل بداية النشاط • فالحصص المالية ترتبط بها نسبة الربح زيادة أو نقصا • أما العمل فلابد من تقويمه حتى يمكن تقدير الربح الذى يعادله فيكافأ بـه • وهذا هو المقصود من ان صاحب حصة العمل يستحق الربح بالشرط • وقد لمس ابن قدامه طبيعة الحصة بالعمل حين قال : « والعمل يكثر ويقل » •

الفرع الثانى

تحديد نصيب حصص رأس المال من الربح دون نصيب الحصة بالعمل

١٧٠ — قد يسكت الشركاء عن ذكر نصيب حصة العمل من أرباح الشركة فى العقد ومع هذا يتفقون على نصيب أصحاب حصص رأس المال ، ويتضمن العقد ذكر هذا النصيب • وهذا يترتب عليه فساد عقد الشركة عند البعض • بينما يرى البعض الآخر ان الشركة تكون بذلك فاسدة من حيث القياس ولكن يعدلعنه استحسانا • باعتبار ان تحديد نصيب المال يوصل الى تحديد نصيب العمل من الربح •

وفى ذلك يقول السرخسى : ولو قال على ان لرب المال ثلث الربح ولم يسم للمضارب شيئا فهذه مضاربة فاسدة فى القياس لانهما لم يبينا ما هو المحتاج اليه وهو نصيب العامل من الربح ••• (فبحسب الاصل يفسد العقد ولكن يصحح استثناء من هذا الاصل) •• ووجه الاستحسان ان عقد المضاربة عقدشركة فى الربح ، والأصل فى المال المشترك انه اذا بين نصيب احدهما كان ذلك بيانا فى حق الآخر ان له ما بقى [1] » •

وللمالكية ما جاء فى المدونة « قال ابن وهب اخبرنى يونس عن ابى الزناد انه لا يصلح ان تدفع الى الرجل مالا مضاربة وتشترط من الربح خاصة لك دونه ولو كان درهما واحدا، ولكن تشترط نصف الربح لك ونصفه لـه أو ثلث الربح لك وثلثاه له أو أكثر أو أقل [2] » • ويقول الرملى من الشافعية : « ولو قال لى النصف مثلا وسكت عما للعامل فسد فى الأصح، لانصراف الربح للمالك اصالة لانه نماء ماله دون العامل فصار كله مختصا بالمالك • والثانى يصح ويكون النصف الآخر للعامل [3] » •

ويقول ابن قدامة الحنبلى : « وان قدر نصيب رب المال ••• ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان ، أحدهما لا يصح لان العامل انما يستحق بالشرط ولم يشترط له شىء فتكون المضاربة فاسدة • والثانى يصح ويكون الباقى

---

(١) المبسوط ج ٢٢ ص ٢٥ •
(٢) ج ١٢ ص ٨٩ •
(٣) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٦ •

للعامل ، وهذا قول ابى ثور واصحاب الرأى، لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب احدهما منه ، فالباقى للآخر من مفهوم اللفظ كما علم من قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم ان الباقى له[1] » •

هكذا يولى الفقه الاسلامى عناية كاملة بهذا الموضوع فيقرر وجوب تحديد نصيب حصة العمل من الربح ، اذ هو نتاج العمل والمال • ولما كان قدر المال معلوما ، فلابد ان يقدر العمل حتى يكون مصدرا الربح معلومين محددين •

وتقدير العمل قد يأتى ضمنا فى ذكر تقدير نصيبه من الربح ، فتحديد هذا النصيب يتضمن تقويم العمل الذى يقوم به صاحب العمل ، اذن فهو تقويم لهذه الحصة اذا لم يذكر تقويمها صراحة •

ومن ذلك يتضح ان العمل والمال من حيث الحق فى اقتسام الربح يتساويان باعتبارهما مصدرين له ، حتى ان بعض هؤلاء العلماء لم يكتف بذكر اختصاص صاحبيهما بالربح بل نص على ضرورة اشتراكهما فيه ، وذلك مخافة ان يستأثر احدهما به •

وقد رأى البعض ان عدم ذكر نصيب حصة العمل من الربح — مع ذكر حصة رأس المال منه — يفسد عقد الشركة ، وذلك عند المالكية، وفى أصح الرأيين لدى الشافعية •

أما الحنفية فالاصل عندهم ان مثل هذا العقد فاسد ، ولكن تصحيحه يأتى استثناء من هذا الاصل ، لان فيما يورده العقد من ذكر

(1) المغنى جـ ٥ ص ٢٩ — ٣٠ .

نصيب الحصص المالية من الربح ما يعتبر وسيلة للوصول الى معرفة نصيب حصة العمل • فكأن الشركاء قد اتفقوا ان نصيبها هو الباقى •

ويتكلم ابن قدامه من الحنابلة عن وجود وجهين فى هذا الشأن احدهما يفسد العقد والثانى يعتبره صحيحا ، وقد قدم دليلا على الرأى الثانى الآية الكريمة فى ميراث الابوين لمن لا ولد له •

ولكن أغلب الظن ان هذا الرأى لا يسعف حلا اذا كانت حصص العمل متعددة ولم تذكر نسبة الأنصبة بينهما • فكيف يوزع الباقى من الربح بعد نصيب الحصص المالية بين حصص العمل ، وقد رأينا ان العمل يختلف من شخص لآخر • فكأن تصحيح عقد شركة المضاربة فى الحالات التى يذكر فيها نصيب الحصص المالية فقط دون حصص العمل مع تعددها ، لا يؤدى الى توزيع سليم ما لم يذكر نسب التوزيع بين حصص العمل •

وبفساد الشركة يصير أصحاب حصص العمل أجراء فى اجارة فاسدة ، ويستحقون مقابلا لعملهم يتمثل فى أجر المثل •

الفرع الثالث

ما يفضى الى الجهالة فى تحديد نسب الربح

١٧١ — رأينا تشدد الفقه الاسلامى فى وجوب تحديد نصيب حصة العمل من الربح وذكر هذا النصيب فى العقد ، كما رأينا موقف هذا الفقه فى الحالات التى يكتفى فيها بالنص فى عقد الشركة على أنصبة حصص المال ، ولا يتضمن العقد أنصبة حصص العمل•

ولم يكتف الفقه الاسلامى بذلك بل رأى ان يكون تحديد أنصبة الربح بعيدا عن

الجهالة ، مبرءا مما يفضى الى النزاع . وهذا يتفق مع قصده الى رعاية وسائل استثمار المال ، وحمايتها مما يعرقل سيرها الى غرضها الذى يحقق مصالح اطرافها وصوالح المجتمع فى وقت واحد .

وجهالة الربح تتعدد أسبابها ، فقد تكون بسبب السكوت عن ذكر نسب الربح اصلا ، فلا يذكر نصيب أى من الشركاء ، أو كيفية التوزيع . وكذلك يكون الربح مجهلا اذا ذكر النصيب بلفظ عام غير محدد بنسبة معينة ، كأن يذكر فى العقد ان للشريك صاحب الحصة بالعمل نصيبا من الربح ، أو شركا فيه ، أو جزءا منه . وكذلك اذا ذكرت الأنصبة مقدرة بالنسب ، ولكنها مترددة بين أكثر من نسبة كأن ينص على ان للشريك صاحب حصة العمل الثلث أو الربع .

هذه أمثلة تتحقق فيها الجهالة بالربح ومن شأن هذه الجهالة الافضاء الى النزاع ، وهو ما قصد الفقه الاسلامى حماية هذا النوع من التعامل منه ، لان الجهالة المفضية الى النزاع يترتب عليها فساد العقد .

وعن ذلك يقول الكاسانى : « اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح . وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد [1] » .

ويقول الباجى من المالكية ان « القراض مبنى على الاجزاء فاذا اشترط فيه عددا مستثنى ادخل الجهالة فى الأجزاء المشترطة، فلا يعلم حينئذ مقدارها ولا يعلم كل منهما جزءه من الربح فلم يتقدر بجزء ولا بعدد فوجب ان يبطل والله أعلم [2] » .

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٥ .
(٢) المنتقى ج ٥ ص ١٦٠ .

ويورد ابن قدامه رأى المذهب الحنبلى بقوله : « وان قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة فى الربح أو شىء من الربح أو نصيب أو حظ ، لم يصح لانه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم ..[3]» .

ونجد ما يراه الشافعية عند صاحب نهاية المحتاج : «فلو قال قارضتك على ان لك أو لى فيه شركة أو نصيبا أو جزءا أو شيئا من الربح ... أو على انك ان ربحت الفا فلك نصفه أو الفين فلك ربعه ، فسد القراض فى جميعها للجهل بقدر الربح فى الاربعة الاولى وتعيينها فى الأخيرة [4] » .

وفى كل ما سبق يتفق الشيعة مع أهل السنة فيما يذهبون اليه بصدد تحديد أنصبة الربح [5] .

١٧٢ — وهكذا تؤدى الجهالة التى تكتنف تحديد أنصبة الربح — لافضائها الى النزاع — شأنها فى ذلك شأن السكوت الكامل عن ذكر أنصبة الشركاء جميعا سواء أصحاب حصص رأس المال أو مقدمى حصص العمل ، الى فساد عقد الشركة عند جميع مذاهب الفقه . فيبطل هذا العقد نتيجة للنقص الذى انطوى عليه .

١٧٣ — وقد يتفق الشركاء على تحديد الأنصبة فى الربح الذى يوزع عليهم ، ولكنهم يحددون نصيب أحدهم أو أكثر بمبالغ معينة. وهذا الاتفاق يفسد الشركة أيضا ، لانه قد يترتب عليه استئثار أحدهم بكل الربح فى الأحوال التى قد لا تحقق الشركة فيها ربحا الا بقدر المبالغ المعينة التى شرطت له ، أو

(٣) المغنى ج ٥ ص ٣٠ .
(٤) الرملى ج ٤ ص ١٦٦ .
(٥) راجع البحر الزخار ج ٤ ص ٨٢ .ومفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٤٩ وما بعدها .

فى حدودها . وهو ما يطلق عليه الفقهاء تعبير (قطع الشركة فى الربح) أى حرمان بعض الشركاء من اقتسام الارباح بالرغم من تحققها، وهو ما يدخل ضمن ما يعرف فى نطاق القانون الوضعى بشروط الأسد . وفى ذلك يقول الكاسانى : « ان يكون المشروط لكل واحد منهما ... من الربح جزءا شائعا نصفا أو ثلثا أو ربعا ، فان شرطا عددا مقدرا ... لا يجوز والمضاربة فاسدة ... وهذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح لجواز ان لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة ، فلا يكون التصرف مضاربة » .

ويقول ابن قدامه : « انه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل ان يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ... [1] » .

المطلب الثانى
فى
القانون الوضعى

١٧٤ — اذا كان الفقه الاسلامى تتضافر فيه أقوال علمائه على الاهتمام بالتسوية بين المال والعمل كمصدرين للربح . وعدم تفضيل أحدهما على الآخر اعتبارا منهم بأن الربح ليس الا نتاج الاثنين معا ، وحرصا منهم على تحقيق تعاون صادق بينهما فى عملية الانتاج. الا ان الامر قد اختلف تماما فى نطاق القانون الوضعى من حيث أنه لم يتشدد فى ضرورة تحديد نصيب حصة العمل من أرباح الشركة، وكذلك فى نظرته الى هذه الحصة عندالسكوت عن تحديد نصيبها من هذه الارباح فى عقد الشركة . وان كان القانون المدنى الجديد قد ظهرت منه مبادرة حسنة ، حين حاول ان يعدل عن الموقف الذى ساد القانون المدنى الملغى أهلى — مختلط) . وهذا ما نعرض له فيما يلى .

١٧٥ — فالقانون المدنى الملغى فى المادة ٥٢٥/٥٣١ ساوى فى نصيب الارباح بين حصة العمل واقل حصة من الحصص المالية التى تقدم للشركة ، مهما بلغت قيمة حصة العمل ، ومهما قلت قيمة تلك الحصة المالية .

وهذا النص وان كان يعتبر مفسرا لارادة المتعاقدين فلا يطبق الا حين السكوت عن تحديد نصيب حصة العمل فى الربح ، الا ان اتجاهه فى هذا التقدير يفصح عن اتجاه تحكمى محض حيث أنه يهدر القيمة الحقيقية للعمل الذى قد يكون أكثر قيمة من أى حصة مالية .

أما عن القضاء فى ظل ذلك القانون فلم يكن له سلطة التقدير بالنسبة لحصة العمل ذلك أنه اذا لم يذكر الشركاء نصيب هذه الحصة ، فلم يكن له الا تطبيق هذا النص باعتباره مفسرا لارادة المتعاقدين . وعليه تتساوى حصة العمل بأقل الحصص المالية فى رأس مال الشركة . وقد حاول القضاء فى بعض أحكامه تحقيق العدالة بين الحصص ، وذلك هربا من تطبيق هذا النص . وهو ما يظهر فيما قضت به محكمة الاستئناف الاهلية فى حكمها الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ من أنه «اذا لم يبين الشركاء بطريقة صريحة قاطعة ما هى

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٤ — راجع ايضا فى هذا المعنى على سبيل المثال المنتقى للباجى ج ٥ ص ١٦٠ — ونهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٦ — والبحر الزخار ج ٤ ص ٩٣ — مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٥٤ .

حصة كل منهم فى الارباح كان للمحكمة ان تحددها بطريقة العدالة بين الخصوم [1] .

١٧٦ ــ وقد يدق الأمر حين تنعقد الشركة بين شخصين اثنين فقط ، يقدم أحدهما المال ويقدم العمل من الثانى . حيث ان النص لا يجد له مجالا للتطبيق . فاذا لم ينص عقد الشركة على كيفية اقتسام الربح ، لم يجد القضاء أمامه سبيلا الا الالتجاء الى العرف ، وهو ما ذكرته نفس المحكمة فى حكمها سابق الاشارة اليه اذ قالت : « وقد جرت العادة فى هذه البلاد بأنه اذا اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بادارة الأعمال يكون للاول ثلثا الارباح وللثانى الثلث » .

وهذا ما يوضح ان العرف أيضا كان يعتبر حصة العمل أقل قدرا من حصة رأس المال ، ومما لا شك فيه ان يكون هذا العرف قد تأثر فى ذلك بأنظمة المعاملات الاجنبية بعد ان تحولت البلاد عن قواعد الشريعة الاسلامية ، التى رأينا فقهاءها لا يفرقون بين المال والعمل ، فكل منهما ــ عندهم ــ مصدر لتحقيق الربح ، مما ينتفى معه وجود ما يبرر الحط من قدر العمل .

واذا كان هذا شأن العرف ، فان نص القانون المدنى الملغى قد أخذ عن القانون الفرنسى الذى جاء بهذه القاعدة فى الفقرة الثانية من المادة ١٨٥٣ مدنى .

وقد كان النصان فى كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى موضع النقد . وقد نادى الشراح فى مصر بوجوب عدم التوسع فى تطبيقه . وفى فرنسا اعتبر الشراح ان النص له صفه غير اقتصاديه . وان كان البعض قد حاول تبريرا له فقال ان الذى كان يريده واضعو القانون المدنى هو دفع اصحاب حصة العمل لتقدير أعمالهم فى عقد الشركة ، وبذلك لا يجد النص مجالا للتطبيق . [2]

ومع ذلك فاذا سكت الشركاء عن تقدير حصة العمل من الارباح فلا شك ان النص له فعاليته فيسرى على هذه الحالات ويطبقه القضاء .

١٧٧ ــ ولما صدر القانون المدنى المصرى الجديد عدل عن هذا الموقف فى الماده ٥١٤ / ٣ . اذ جعل تقدير حصة العمل فى الربح بمقدار ما تفيده الشركه من هذا العمل .

وبذلك وضع المعيار الموضوعى لتقدير نصيب حصة العمل من الربح ، تاركا ذلك التقدير الجزافى ، فأعاد للعمل اعتباره ، [4] على أساس انه مفيد للشركه كما ان المال لازم لها .

ولقد كانت مناقشات الاعمال التحضيريه وماانتهى اليه ملحق تقرير لجنة مجلس الشيوخ بقدر ما هى تقييم للنص الجديد ، كانت تنطوى على شهادة ضمنيه للفقه الاسلامى ، الذى سبق منذ عدة قرون الى تقرير التسويه بين العمل والمال ، فيذكر ملحق التقرير « ولم تر اللجنة الاخذ بهذا الاقتراح (وكان بعض الساده مستشارى محكمة النقض قد اقترح الابقاء على النص القديم بدعوى انه يحسم النزاع) لان

---

(١) المحاماة السنة ٣ ص ٤٠٤ .

(٢) كامل مرسى ، العقود المسماة ج ٢ ص ٥٣٩ هامش ٢ .

(٣) راجع ليون كان ورينوه ج ٢ ص ٤٢ ــ وأسكارا بند ٥٢٣ ــ وهامل ولاجارد ج ١ بند ٣٩١ .

(٤) فريد مشرقى ج ١ ص ١٢٩ .

فيه اجحافا بحق الشريك الذى تكون حصته مقصورة على عمله ، وقد يكون هذا العمل اهم ما فى الشركه • وليس يكفى لتبرير الرجوع الى الحكم المعيب المقرر فى التقنين الحالى الاستناد الى تيسير حسم المنازعات لان هدف التشريع الاول ينبغى ان يكون عدالة الحكم ، اما هذا التيسير فيأتى فى الدرجة الثانية » • [1]

١٧٨ — ومما لا شك فيه ان أحكام الفقه الاسلامى كانت امام واضعى القانون المدنى الجديد ليظفروا بخير ما يحقق العدالة المنشوده وبما يقضى على اى منازعة فى هذا الصدد اذ ان المنازعات الناتجة من جهالة النصيب فى الارباح تفسد عقد الشركه وتجعل من صاحب حصة العمل أجيرا لا يستحق سوى أجر المثل•

أقول كانت قواعد الفقه الاسلامى قائمه ومع ذلك فقد لجأ واضعو القانون المدنى الى عدة تقنينات أجنبية ليقتبسوا منها نص المادة ٥١٤ كما ذكرت المشروع التعهيدى • [2]

على ان ذلك لا ينال من الفقه الاسلامى بقدر ما هو مدعاة الى الأسف ان نتعول على الغير ، وبين ايدينا ما هو خير واعظم مما لدى هذا الغير ، وفى نفس الوقت يحقق لنا الكيان المستقل •

وأيا ما كان الأمر فانه بموجب هذا النص — اذا سكت عقد الشركة عن ذكر نصيب حصة العمل فى الارباح — قدر القاضى نصيب هذه الحصه بمقدار ما يعود على الشركه من فائده منها •

---

(١) الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٣١ •

(٢) سنعود للكلام عن هذا النص عند بحث تقويم حصة العمل •

المبحث الرابع
تحمل مخاطر وقوع الخساره

١٧٩ — سبق القول ان الشركاء وان قصدوا الى الحصول على الربح ، الا أنهم يتوقعون احتمال حدوث الخسارة فهم يشتركون فى نشاط ذى تبعة •

وفى قواعد اقتسام الخسارة يختلف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى،فبينمايترك القانون ذلك لاتفاق الشركاء ، ولم يضع على حريتهم فى ذلك الا قيدا واحدا هو ان لا يترتب على اتفاقهم اعفاء أحد من الشركاء من تحمل نصيب من الخساره • نجد الفقه الاسلامى لم يترك أى قدر من الحرية للشركاء ، فى هذا الصدد ، اذ قطع فى كيفية تحمل الخساره بحكم اتفقت عليه كلمة جميع المذاهب • فماالخسارة الا جزء هالك من المال فيجب ان يتحملها هذا المال ، ويتحدد مقدار ما يتحمله الشريك بقدر ما قدم من اموال للشركه • وهى نتيجة منطقيه فالخسارة اذ تقع فهى تقع نتيجة لنشاط عادى لا يتعرض للتعدى ، فوجب ان تقسم بقدر الحصة فى رأس المال ، وهذا ما كان يحدث لو ان الشريك يعمل منفردا ، فيجب ان لا يختلف الحكم اذا شارك غيره • كما ان هذا الحكم هو الذى يتفق مع قاعدة مسئولية الشريك فى امواله الخارجه على ما قدمه من حصص فى رأس مال الشركة عن ديونها •

١٨٠ — لذلك كانت القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى « الوضيعة على رأس المال » وقد وردت هذه القاعده فى نص عن على رضى الله عنه ، نقله محمد بن الحسن الشيبانى : « قال اخبرنا قيس بن الربيع عن ابى الحصين الاسدى عن عامر الشعبى قال ، قال على بن ابى طالب فى الرجلين يشتركان ، الربح بينهما على ما اصطلحا عليه والوضيعة على رأس المال •

قال محمد فبهذا نأخذ » [1] . وقد تضافرت كتب الفقه على ذكر هذا النص ، وان نسبه البعض الى رسول الله صلى الله عليه وسلم [2]، أونقل القاعدة التى تضمنها [3] .

ويقول ابن قدامه فى المغنى : « الوضيعة على رأس المال ، يعنى الخسران على كل واحد منهما بقدر ماله ... لا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وغيرهما » [4] . ويقدم محمد ابن الحسن مبررات هذه القاعدة فيقول : « لأن الوضيعة انما هى شىء يذهب من مالهما فانما يذهب من مالهما على قدر مالهما » [5] .

اذا كان هذا هو الحكم فى الفقه الاسلامى ، فالقانون - كما سبق ان قلت - ترك تنظيم توزيع الخسارة لاتفاق الشركاء . ولكنه أخذ بهذه القاعدة التى قررها الفقه الاسلامى فى حالة واحدة هى الحالة التى يخلو فيها عقد الشركة من النص على كيفية توزيع الخسائر (م ٥١٤ / ١ مدنى) . فقضى بتوزيع الخسارة وفقا لمقدار حصص رأس المال .

وفيما خلا ذلك لم يتدخل القانون الا لمنع الاتفاقات التى تعفى شريكا أو أكثر من الاسهام فى تحمل الخسائر (م ٥١٥/١ مدنى)

وبذلك يجوز أن يتحمل الشريك من الخسارة نصيبا يقل فى نسبته عن نسبة حصته فى رأس المال ، كما يجوز أن تزيد نسبة ما يتحمله من الخسارة عن نسبة هذه الحصة ، بل لا يشترط أن يتعادل نصيب الشريك فى الخسارة مع نصيبه فى الأرباح . لكن يجب أن لا يكون النصيب فى تحمل الخسارة تافها بحيث يخفى الاعفاء من المساهمة فيها . أو يكون كبيرا بحيث يترتب عليه تحمل صاحب هذا النصيب بكل الخسائر واعفاء الآخرين منها .

جزاء الاتفاق على خلاف القاعدة فى الفقه الاسلامى

١٨١ - اتفق فقهاء مذاهب الفقه الاسلامى على قاعدة توزيع الخسارة على قدر حصص رأس المال . ولكنهم مع ذلك اختلفوا فى مدى الجزاء المترتب على مخالفة هذه القاعدة، بعد أن اتفق الجميع على بطلان الشرط ،فمنهم من اكتفى بهذا القدر من الجزاء فيكون الشرط عندهم لاغيا ، وكأنه لم يكن وتطبق القاعدة المقررة . ومنهم من لم يقتصر على ذلك بل رأى أن بطلان الشرط له من الأثر ما يتعدى ليلحق بالشركة كلها فيبطلها .

فالحنفية والحنابلة يقصرون الجزاء على فساد الشرط وحده ، أما المالكية والشافعية وأهل الظاهر والشيعة الزيدية ، وما يفهم من عموم كلام الشيعة الامامية ، فالفساد عندهم يتعدى الى الشركة ذاتها فيفسدها . ونورد فيما يأتى بعض النصوص فى هذا الشأن لدى مختلف المذاهب .

١٨٢ - فمن الحنفية يقول محمد بن الحسن: « الشركة والمضاربة لا تفسدها الشروط الفاسدة كما تفسد البيع والاجارة فاذا اشترطا فى الشركة والمضاربة شرطا فاسدا

---

(١) الأمالى ص ٤٠ .
(٢) البحر الرائق ج ٢ ، والزيلعى ج ٣ ص ٣٠٨ . ويعقب عليه الشلبى فى حاشيته بنفس المرجع بقوله (قال الكمال ولنا ما ذكره المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المال . ولم يعرف الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى على) .
(٣) راجع المدونة ج ١٢ ص ٥٩ - والمهذب ج ١ ص ٣٤٧ - والمغنى ج٥ص ٣٢ - ومجموع الفقه ص ١١٨ - ومفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٠١
(٤) ج ٥ ص ٣٣ .
(٥) الأمالى ص ٤١ .

كانت الشركة والمضاربة جائزتين ويبطل الشرط الفاسد ، فاذا اشترطا فى الشركة الربح اثلاثا، والوضيعة أثلاثا (رأس المال فى المثال مناصفة) كان اشتراط الوضيعة أثلاثا فاسدا، يبطل اشتراط الوضيعة وكانت الشركة صحيحة على ما اشترطا من الربح .. وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقولنا »[1] .

وفى كشاف القناع من كتب الحنابلة تقسيم للشروط الفاسدة الى قسمين ، منها شروط تفسد وحدها دون العقد ومثل لها بقوله : « كشرط الوضيعة على أحدهما بأكثر من قدر ماله »[2] . ويقول الدردير من المالكية : « والخسر بينهما بقدر المالين مناصفة أو غيرها .. وفسدت بشرط التفاوت فى ذلك عند العقد ويفسخ أن اطلع على ذلك قبل العمل فان أطلع بعده فض الربح على قدر المالين »[3].

وفى نهاية المحتاج من كتب الشافعية : «فان شرطا خلافه أى ما ذكر كأن شرطا تساوى الربح والخسران مع تفاضل المالين أو عكسه فسد العقد لمنافاته لوضع الشركة »[4] .

ويقول صاحب البحر الزخار من الزيدية : « واذا شرطا الخسر من مال أحدهما فسدت لمخالفته موجبها ، وذلك فى قول الشافعى وعند مالك والشيعة . وعند أبى حنيفة وأصحابه وقول للشافعى[5] بل يلغو الشرط اذ عقدها لا يبطل بالجهالة فصح مع الشرط المجهول كالطلاق والعتاق .

قلنا ايجاب وقبول فيفسدها كلو شرطا دراهم معلومة وكالاجارة »[6] .

ويقول ابن حزم الظاهرى : « فان وقع شىء من هذا فهو كله باطل مردود وليس له من الربح الا ما يقابل ماله وعليه من الخسارة بقدر ذلك »[7] .

ونفس الحكم يفهم من أقوال الامامية حيث يقررون القاعدة فى تقسيم الأرباح والخسائر وانهما على قدر رأس المال ثم يفصلون فى الخلاف حول تقسيم الأرباح ، دون الخسائر. وبذلك فالبطلان عندهم يلحق الشركة باشتراط الوضيعة بقدر يختلف مع حصص الشركاء فى رأس المال[8] .

١٨٣ — اذا كانت مذاهب الفقه الاسلامى قد اختلفت فيما بينها بالنسبة لمدى أثر بطلان الاتفاق على خلاف قاعدة الوضيعة على رأس المال ، فمنها من قصر بطلان الشرط عليه دون أن يتعداه الى ما عداه ، ومنها من يتعدى عنده أثر هذا البطلان ليأتى على عقد الشركة ذاته . الا أنهم اتفقوا ثانية على الكيفية التى توزع بها الخسارة بين الشركاء سواء فسد الشرط وحده أم فسدت الشركة بأسرها . ففساد الشركة يترتب عليه اهدار ما تضمنه عقدها من شروط ، وفساد الشرط ذاته يجعله كأن لم يكن أصلا . وعلى ذلك يكون تقسيم الخسارة على الشركاء بالتطبيق للقاعدة العامة فى ذلك وهى الوضيعة على رأس المال .

---

(١) الأمالى ص ٤١ .
(٢) جـ ٢ ص ٢٥٧ .
(٣) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك جـ ٢ ص ١٥٠ .
(٤) جـ ٤ ص ٩ .
(٥) لم أعثر على القول الثانى الذى ينسبه للشافعى فيما اطلعت عليه من كتب الشافعية ، فكلها تنص على قول واحد هو فساد العقد .
(٦) جـ ٤ ص ٩٣ .
(٧) المحلى جـ ٨ ص ١٢٥ .
(٨) مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٠١ وما بعدها.

هذا هو الجزاء فى الفقه الاسلامى ، ونرى الأخذ بالرأى القائل بفساد الشركة فى هذه الحال دون الاقتصار على فساد الشرط وحده، لأن عقد الشركة قد يخفى اتفاقا آخر يحرمه الشرع الاسلامى ، حيث أن اشتراط هذا الشرط لا يكون عبثا ، فقد يكون الغرض منه تأجيل دين على من يتحمل الخسارة كلها أو يتحمل الجزء الأكبر منها ، أو قد يراد بهذا الشرط منح دائن يختفى وراء صفة الشريك فائدة ربوية ، فيكون بطلان العقد كله أولى .

١٨٤ — ويقرر القانون جزاء على مخالفة قاعدة عدم جواز اعفاء أى شريك من تحمل الخسارة ، سواء كانت هذه المخالفة صريحة أو ضمنية ، بطلان عقد الشركة ، وذلك على أساس أن الشروط الأساسية فى الشركة وحدة لا تتجزأ ، يأخذ بعضها بمجامع بعض . ومن ناحية أخرى قد يكون الشريك لم يقبل على التعاقد الا طلبا لهذا الشرط الباطل [1] .

وهذا البطلان الذى يقرره القانون بطلان مطلق ، وذلك لمخالفة الشرط الخاص بعدم اسهام الشريك فى الأرباح أو الخسائر للنظام العام ، وانتفاء نية المشاركة عند الشريك الذى يقبل هذا الشرط ، مما يتعارض مع جوهر معنى الشركة ، ولانهيار ركن من أركان العقد الأساسية مما يترتب عليه انهيار العقد برمته.

ومتى تم بطلان العقد استرد كل شريك ملكية حصته ، وتوزع الأرباح والخسائر وفقا لنسبة حصص الشركاء فى رأس المال ، ويترتب على ذلك حصول الشريك المحروم بمقتضى نصوص العقد من الأرباح ، على جزء منها يتعادل ونسبة حصته فى رأس المال . كما يتحمل الشريك الذى سبق اعفاؤه بموجب العقد من الخسارة ، نصيبا منها يتفق وحصته أيضا.

هذه هى القواعد العامة فى تحمل الشركاء للخسارة التى قد تلحق بالشركة . وصاحب حصة العمل شريك بعمله فى الشركة ، وعلى هذا فاذا كان يقصد الى الحصول على نصيب من الأرباح فهو بغير شك قد وطن نفسه على أن يتحمل النتائج المترتبة على وقوع أى خسارة وكذلك اذا لم تحقق الشركة أرباحا ولو لم تقع فى خسائر .

الا أن للحصة بالعمل طبيعة خاصة ترتب آثارا تنعكس على الشريك الذى يقدمها فتجعل له وضعا يختلف عن وضع سائر الشركاء بالنسبة للخسائر التى تحيق بالشركة ، وهذا ما نبحثه فى المطلب التالى .

المطلب الأول
القاعدة التى تحكم وضع حصة العمل فى حالة الخسارة

١٨٥ — تضمن التعريف الذى اخترته للحصة بالعمل ما أعتبره عدولا بالنسبة لهذه الحصة عما جاء فى تعريف الشركة الذى ورد به نص المادة ٥٠٥ مدنى ، من اقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة ، وذلك حتى يتفق التعبير مع الحقيقة التى ينتهى اليها وضع حصة العمل فى الحالات التى تتحقق فيها خسارة للشركة كما أتصوره . وهو وضع يتفق مع طبيعة هذه الحصة .

ذلك أن اقتسام الخسارة أساسا يكون ثابتا فى حق الحصص المالية حيث تنقص حصة الشريك المالية التى قدمها فى رأس مال الشركة بمقدار الخسارة التى وقعت ، أو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المذكرة التمهيدية ، ج ٤ ص ٣٣٣ .
(٢) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، المرجع السابق ص ٣٣٥ .

بمقدار نصيب كل شريك فى الخسارة كما يرى القانون ذلك جائزا - اذ ليس شرطا تتساوى النسبة بين الحصة المالية ونصيبها من الخسارة .

أما الشريك بالعمل فيجب أن لا يقتسم مع بقية الشركاء ما يتحقق من خسارة حيث أن رأس المال هو الذى ينبغى أن يتحملها . وليس معنى ذلك أن هذا الشريك يعفى من هذه الخسارة ويبرأ من نتائجها ، بل هو يتحمل منها ما يتفق وطبيعة حصته . فيتحمل نتائجها التى تتمثل بالنسبة اليه فى فقده النصيب المرتقب من الربح ، وهو ما يقابل عمله وجهده . اذن فشركاء رأس المال تنقص حصصهم بقدر الخسارة الحادثة ، وهو - الشريك بالعمل - يتحمل نتيجة ذلك فقد مقابل عمله ، الذى كان يأمل فيه اذا تحقق الربح .

ولذلك قلت فى التعريف الذى قدمته لحصة على هذا الشريك - بالرغم من أنه يصدق على الوضع بصفة عامة فى حالة الخسارة ، فنص المادة المذكورة عام لا تخصيص فيه - الا أنه لا يكون منطبقا كل الانطباق على وضع حصة العمل كما أتصوره .

ولذلك قلت فى التعريف الذى قدمته لحصة العمل « مع تحمل نتائج الخسارة » وسنرى من بعد مدى ملاءمة هذه العبارة مع وضع حصة العمل .

١٨٦ - فاذا كان الشركاء أصحاب حصص رأس المال يقتسمون فيما بينهم مقدار الخسارة التى تنزل بالشركة فان الشريك صاحب الحصة بالعمل لا يحصل نتيجة لذلك على نصيبه من الأرباح ، فيخسر بذلك مقابل عمله وجهده الذى يذله تحقيقا لأغراض الشركة .

أما اذا لم يحصل الربح ودون أن تلحق بالشركة خسارة ما ، فلا يجوز توزيع أية مبالغ على الشركاء ، لأنها حينئذ تكون أرباحا صورية غالبا ما تقتطع من رأس المال ، أو احتياطيه . على أنه يجوز التوزيع من الاحتياطى النظامى اذا كان من بين الأغراض التى ينص عليها نظام الشركة لتجنيب هذا الاحتياطى ، مواجهة الحالات التى لا تتحقق فيها الأرباح ، كما يجوز التوزيع من الاحتياطى الاختيارى بقرار من الجمعية العمومية للمساهمين . لكن لا يجوز التوزيع من الاحتياطى القانونى .

هذا فى شركات الأموال والشركة ذات المسئولية المحدودة ، حيث يوجب القانون تكوين احتياطى الزامى (م ١٤ ق ٢٦ لسنة ٥٤) أما فى شركات الأشخاص فان تكوين الاحتياطى رهن بارادة الشركاء ، فهو اختيارى دائما ولذلك يجوز الاتفاق على توزيعه فى صورة أرباح باستمرار .

وأيا ما كان الأمر فكما لا يجوز اعفاء الشركاء أصحاب الحصص المالية من تحمل نصيب من الخسارة ، فانه لا يجوز اعفاء الشريك صاحب الحصة بالعمل من تحمل نتائج الخسارة ، والتى تتمثل فى ضياع مقابل حصته من الأرباح . وان كان القانون المدنى يتكلم عن اعفاء اتفاقى للشريك الذى يقدم عمله من تحمل الخسارة ، وذلك فى المادة ٢/٥١٥ وسنرى من بعد حقيقة هذا الاعفاء ومداه .

ونبحث موقف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى بالنسبة لجواز اعفاء حصة العمل من تحمل نتائج الخسارة وذلك فى الفرعين الآتيين .

الفرع الأول
موقف الفقه الاسلامى

١٨٧ ــ لا يجيز الفقه الاسلامى أى اتفاق على الاعفاء من تحمل نتائج الخسارة بالنسبة للشريك الذى يقدم عمله ، أو من اقتسام الخسارة بالنسبة للشركاء الذين يقدمون حصص رأس المال .

فبالنسبة للشريك صاحب الحصة بالعمل لا يجوز ذلك ، لأن اعفاءه يؤدى الى حصوله على مقابل لحصته فى جميع الأحوال ، سواء حققت الشركة ربحا أم لا . وهذا يخرج به عن طبيعة الالتزامات الواجبة على الشركاء . كما أنه من الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة ، مساهمة كل شريك فى الأرباح والخسائر .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى اذا تحققت أية خسارة وأعفى صاحب حصة العمل من تحمل نتائجها ، فمعنى ذلك أنه سيحصل على جزء من رأس المال الذى يكون قد نقص نتيجة للخسارة ، وهذا ممنوع حيث أنه يشترط أن يكون التوزيع من الأرباح وحدها ، وليس من رأس المال ، تطبيقا لمبدأ سلامة رأس المال حتى أنه من المقرر فى الفقه الاسلامى أن الأرباح التى تتحقق ، تجبر بها الخسارة التى قد تمنى بها الشركة وذلك وقاية لرأس المال .

ونعرض لبعض أقوال . المذاهب الاسلامية فى هذا الخصوص .

١٨٨ ــ فصاحب شرح تنوير الابصار من الحنفية يقول : « ومن شروطها كون نصيب المضارب من الربح حتى لو شرطه له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت » (١) .

ولعل المقصود من قوله لو شرطه له من رأس المال أو منه ومن الربح ، ان الشريك صاحب الحصة بالعمل يستحق الربح ولو لم يتحقق ، ويحصل على نصيبه اذن من رأس المال . أو من رأس المال ومن الربح وذلك اذا كان ما تحقق من الربح قليلا . وهذا بلاشك يتضمن اعفاء هذا الشريك من تحمل نتائج الخسارة أو عدم تحقق الأرباح . وقد وجدنا أن مثل هذا الشرط كما عبر عنه هذا النص يترتب عليه بطلان الشركة ذاتها .

ومن المالكية يقول صاحب الفواكه الدوانى: « وان يكون (نصيب حصة العمل) من ربح المال لا من غيره » (٢) . ولعل هذا النص يقرب بل يتطابق المعنى مع النص السابق .

ومن الشافعية يقول صاحب أسنى المطالب : « ونقص المال الحاصل بخسران ... يجبر بالربح لأنه وقاية لرأس المال . ولأنه تصرف فى رأس المال فلا يأخذ شيئا من الربح حتى يرد الى المالك مثل ما تصرف فيه » (٣) .

وللحنابلة ما يقوله ابن قدامة : « وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال يعنى أنه لا يستحق أخذ شىء من الربح حتى يسلم رأس المال .... لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ، ولا نعلم فى هذا خلافا » (٤) .

---

(١) هامش حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٦ .
(٢) ج ٢ ص ٣٠٥ .
(٣) ج ٢ ص ٣٨٨ .
(٤) المغنى ج ٥ ص ٥١ .

ولعل فى هذين النصين ما يتضح به أنه اذا تحققت الخسارة فلا نصيب لأحد سواء كان من ربح أو غيره ، لأن ذلك يؤدى الى توزيع رأس المال نفسه ، كما يتضح أن رأس المال لابد له من وقاية يسلم بها وهى تكمن فى الربح الذى يتحقق أو على الأقل فى جزء منه ، فما لم تتحقق الأرباح الكافية فلا يمكن أن يحصل أى الشركاء — بمقتضى الاتفاق على اعفائه من الخسارة — على أية مبالغ .

١٨٩ — مما سبق يتأكد عدم جواز اعفاء الشريك صاحب الحصة بالعمل من تحمل نتائج الخسائر ، بل اذا تم الاتفاق على ذلك فسد الشرط وامتد فساده ليلحق بالشركة ذاتها . لأنه اذا أعفى حصل على ما شرط له كنصيب فى الربح، من رأس مال الشركة حيث لا أرباح.

كما تتأكد القاعدة التى تقضى بأنه لا توزيع لأى نسبة من الربح قبل أن يسلم رأس المال، فالربح هو الفائض ، حتى أنه لو تم توزيع لأرباح ما ثم تحققت خسارة اعتبر التوزيع غير صحيح ، ووجب أن يرد مما وزع بالقدر الذى يسلم به رأس المال ، لأن توزيع الربح يعتبر فى حكم توزيع جزء من رأس المال . وباعتبار صاحب الحصة بالعمل ليس من أصحاب الحصص المالية ، فلا يكون له حق ما على رأس مال الشركة .

وتوزيع الأرباح فى الحالة التى لا تحقق فيها الشركة فائضا على قدر رأس مالها ، هو ما يعبر عنه فى اصطلاح القانون الوضعى بالأرباح الصورية ، ويرى فيها البعض استردادا مقنعا للحصص المدفوعة [1] . وقد تعمد الشركة الى مثل هذا الاجراء تسترا منها على أزمة ألمت بها وسعيا وراء الابقاء على سمعتها ، بايهام الغير — وقد يكون ايهام الشركاء أيضا — أنها فى مركز مالى متين بدليل توزيع الأرباح .

لعلى أكون قد استطعت بعرضى السابق أن أوضح موقف الفقه الاسلامى ، وهو موقف حاسم وصريح ، يتفق كل الاتفاق مع مقتضيات عقد الشركة ذاته ، ويستجيب للمنطق القانونى السليم . فلو أبيح مثل هذا التوزيع لترتب عليه أكل البعض لأموال البعض دون حق ، ولانعكس أثر ذلك على الشركة ذاتها ، فيحل بها الفشل طالت مدتها أم قصرت .

الفرع الثانى
موقف القانون الوضعى

١٩٠ — ينص القانون المدنى فى الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ على عدم جواز الاتفاق على اعفاء أحد من الشركاء من اقتسام الخسائر . وجعل جزاء على الاتفاق خلافا لهذا النص . بطلان الشركة بطلانا مطلقا .

ولكن الفقرة الثانية من هذه المادة قررت جواز الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، واشترطت لذلك أن لا يكون قد تقرر لهذا الشريك أجرا عن عمله . وقد ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى لنص هذه الفقرة « أنه ليس استثناء من حكم الفقرة الأولى لأن هذا الشريك يتحمل نصيبه فى الخسارة ، اذ هو لا يحصل على الأجر الذى يعطى له عادة على عمله » [2] .

---

(١) محمد صالح جـ ١ ص ٢٣٠ ، محسن شفيق — الموجز بند ٢٣٧ جـ ١ ، مصطفى طه ص ٣٠٩ ، البراودى جـ ١ بند ١٦٥ ، مشرقى جـ ١ بند ١٣٢ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٣٣٣ .

وكذلك يرى البعض من شراح القانون أن هذا الاستثناء الذى تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدنى استثناء ظاهر أكثر منه حقيقى [1] . لأن الشريك بالعمل الذى لا يتقاضى اجرا عن عمله يكون قد تحمل فى الخسارة ضياع وقته وجهده بلا مقابل . ويقرر البعض أنه من التجاوز فى التعبير أن يقال عن ذلك اعفاء [2] .

ولعل المقصود من وصف هذا النص بأنه ليس استثناء من نص الفقرة الأولى من المادة ٥١٥ ، أو بأنه استثناء ظاهر ، أو أنه تجاوز فى التعبير ، ان الاتفاق على اعفاء الشريك بالعمل من المساهمة فيما يحيق بالشركة من خسارة ، لن يتمكن من أن يحيط بكل ما يتحمله هذا الشريك من نتائج الخسارة . فحتى مع هذا الاتفاق نجد أنه سيتحمل فقد مقابل جهوده التى بذلها من أجل الشركة .

ولكن فى نفس الوقت لا يمكن اهدار نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ ، اذ أنه يشير الى أن الشريك بالعمل يتحمل — من حيث الأصل — فوق فقده مقابل حصته ، نصيبا من الخسارة . وعلى هذا فان الاعفاء اذا اتفق عليه ، لا يشمل الا هذا النصيب الزائد على فقده حصته من الربح التى تقابل عمله . والا ففيم يكون الاعفاء ؟

يؤكد ذلك أن الشريك صاحب الحصة بالعمل اذ تقرر له أجر فوق نصيبه فى الأرباح لا يجوز الاتفاق حينئذ على اعفائه من الاسهام فى الخسارة فما الذى يتحمله هذا الشريك الذى تقرر له أجر ؟ بالطبع سيكون ما يتحمله عبئا جديدا غير ما يتحمله فى صورة ضياع جهد ، بلا مقابل .

وكذلك فان الشريك بالعمل الذى لم يتقرر له أجر اذا اتفق على اعفائه من الخسارة ، سيتحمل فقد نصيبه المقرر له فى الربح . فاذا لم يتفق على اعفائه سيخسر شيئا آخر زيادة على قيمة نصيبه فى الأرباح الذى لم يتمكن من الحصول عليه .

ويؤكد اشارة الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ ما قرره نص الفقرة الثالثة من المادة ٥١٤ مدنى من أن نصيب الشريك بالعمل فى الربح والخسارة يقدر تبعا لما تفيده الشركة من عمله .

وما قررته المادة ٥٣٦ مدنى التى أوردت الأحكام الخاصة بقسمة أموال الشركة فى فقرتها الرابعة ، من توزيع الخسارة على جميع الشركاء بحسب النسب المتفق عليها فى توزيع الخسائر .

١٩١ — هذه النصوص جميعا يستفاد منها أن الشريك صاحب الحصة بالعمل يتحمل فوق ضياع الجهد والوقت فى حالة الخسارة ، جزءا من مقدارها يقدمه من ماله الخاص .

ويقول الدكتور السنهورى فى مثال ساقه تطبيقا لنص الفقرة الرابعة من م ٥٣٦ مدنى ، أنه لو كان عدد الشركاء ثلاثة ، حصة الأول فى رأس المال ثلاثة آلاف ، وحصة الثانى منفعة قدرت بخمسمائة ، وكانت حصة الثالث عملا قدر بخمسمائة أخرى ، وتبين أن صافى مال الشركة لا يفى بحصة الشريك الأول اذ أن قدر الصافى ألفان فقط . فالألف الناقصة تعتبر خسارة ، فاذا لم تكن هناك نسبة اتفاقية على توزيع الخسائر بين الشركاء وزعت عليهم بنسبة الحصص . ومن ثم يوزع الألف على

---

(1) مصطفى طه ص ٢٢٨ ، ملش ص ٣٦ ، البارودى ج ١ بند ١١٤ ويرى أن هذا النص غير موفق .

(2) فريد مشرقى ج ١ ص ١٣٠ — ١٣١ .

الشركاء بنسبة حصصهم ، فيتحمل الشريك الاول ثلاثة ارباع الألف ، وتحمل كل من الثانى والثالث نصف الربع فيرجع الشريك الاول على كل منهما بهذه القيمة . [١]

كذلك يعتبر بعض الشراح أن نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ يعتبر استثناء من الحظر الذى يقع على تضمن الشركة لشرط من شروط الاسد ، وبذلك يعتبر هذا النص وفقا لهذا الرأى استثناء حقيقيا على نص الفقرة الاولى من نفس المادة . [٢]

بينما يرى البعض الآخران الرأى القائل بان هـذا الاستثناء استثناء غير حقيقى هو رأى محل نظر لانه ينطبق ايضا على صاحب الحصة المالية ولوكانت مقدمة على وجه التمليك حيث يضيع على صاحبها فوائد المـال ولذلك يفضلون تعليل غرض الشارع برغبته فىتشجيع أرباب المهن فى الاشتراك فى الشركات لأنهم غالبا من الفقراء المنتجين [٣] .

وهكذا يتبين أن الشريك صاحب الحصـة بالعمل عليه — قانونا — أن يتحمل نصيبا فى الخسائر التى تمنى بها الشركة ، بالاضافة الى فقده مقابل عمله ونشاطه ،ما لم يسعفه الاتفاق على اعفائه من هذا العبء المـالى .

المطلب الثـانى

ما يجب أن يتحمله الشريك بالعمل من الخسارة

١٩٢ — الواقع أن الشريك الـذى يقـدم حصته فى الشركة عملا ، يفقد فى حاله وقوع الخسارة مقابل هذه الحصة ، وهو مـا كان يتوقعه مننصيب من الأرباح المحتملة.ويترتب على ذلك أن جهده الذى بذل ، ووقته الذى استغرقه أداء حصته يكونان قد ضاعا عليه .

ولعل هذا ما جعل القانون يجيز الاتفاق على اعفائه من المساهمة فى الخسائر ولم يعتبر هذا الاعفاء خروجا على قاعدة عدم جـواز الاتفاق على اعفاء أحـد الشركاء من تحمل الخسارة . لأن هـذا الاعفـاء سينصب على العبء المـالى الذى يتحمله هذا الشريك فوق خسارته العادية ، ولا يتعداه الى هذه الخسارة العادية ، وهى فقده مقابل عمله . لأنه اذا أعفى أيضا من تحمل هذا القدر من الخسارة ، كان هذا شرطا من الشروط المسماة بشروط الأسد، والتى يترتب عليها بطلان الشركة ، حيث يؤدى هذا الشرط الى حصول هذا الشريك على مقابل لعمله فى جميع الأحوال ، ولذلك يبطل هـذا الاتفاق وتبطل معه الشركة .

والخسـارة التى يتحملها صاحب الحصـة بالعمل يجب أن تتفق مع طبيعة حصته التى التزم بتقديمها للشركة . فالتزامه أصلا التزام غير مالى ، وان كان قابلا للتقويم المـالى . فهو يقدم عملا ، وعلى ذلك فالخسارة الطبيعية هى فقد مقابل هذ العمل .

واذا كان التزام هذا الشريك قبل الشركة التزاما غير مالى ، فلا يكون ملائما اقحامه فى الاعباء المـالية التى يتحملها رأس المـال ، أو بمعنى آخر الحصص المـالية .

وليس فى ذلك محاباة لشريك على حساب بقية الشركاء ، بل أن فى ذلك ما يتفق وطبيعة التزام كل شريك .

١٩٣ — يوضح ذلك أن صاحب حصة المـال

---

(١) الوسيط ج ٥ ص ٤١٤ بتصرف .

(٢) محسن شفيق — الوسيط ج ١ بند ٢٤٦ نفس المعنى الشرقاوى بند ١٥٩ .

(٣) العريف شرح القانون التجارى ١٩٥٩ ج١ بند ٢١٤ . نفس المعنى محمـد حسنى عباس بند ٣١ ، على جمال الدين بند ٢٨ .

اذا نقص مقدار حصته بمقدار نصيبهـا من الخسارة ، فى خلال حياة الشركة — فما لم يتفق على تخفيض رأس المـال بمقدار هذه الخسارة — جبر هذا النقص بالأرباح التى تتحقق مستقبلا • ولا يجوز فى هذه الحـال توزيع أية أرباح قبل استكمال رأس المال • ومعنى ذلك أن حصة العمل ستظل بلا مقـابل حتى يستكمل رأس المـــال • فـاذا تحقق ما يفيض على قـدر رأس المـال وزع هـذا الفائض على الشركاء جميعا ، لأنه حينئذ يكون عبارة عن ربح حقيقى •

وكذلك ما يحدث عند القسمة بعد انتهـاء الشركة ، اذ لا يكون لصاحب الحصة بالعمل أى حق على موجـودات الشركة ، قبـل أن يسترد أصحاب الحصص المالية كل قيمتها • اذن يكون القول بعد الزام هذا الشريك بجزء من الخسارة المـالية — زيادة على ما يتحمله عادة — تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم •

وعلى ذلكفيجب أن يستقر قدر ما يتحمله صاحب الحصة بالعمل من الخسارة فى فقده مقابل هذه الحصة من الأرباح ، وضياع وقته وجهده ، ولا يتعدى هذا القدر الى أى التزام مالى ، الا اذا كان ما لحق بالشركة قد نتج عن اهمال هذا الشريك أو تفريطه ، فيجب أن يتحمل مسئولية ذلك ، اذ يكون قد أخل بالتزامه الذى يفرض عليه قدرا من العناية — هـو عناية الرجل المعتاد — فاذا لم يبذل هذا القدر من العناية وترتب على ذلك الحاق الخسـارة بالشركة ،كان مسئولا عن الاضرار التى وقعت، فيحمل حينئذ بالاعباء المـالية جزاء لاخلاله بالتزامه •

١٩٤ — التأصيل الفقهى لمـا يتحمله صاحب الحصة بالعمل من الخسارة

هذا الذى خلصت اليه مستمد من الفقـه الاسلامى الذى حسم — بقاعدة عامة صريحة وحاسـمة —موضـوع نصيب كل شريك من الخسارة ، وكانت طريقته لحسم هذا الموضوع مبنية على المواءمة بين طبيعة الحصص المقدمة فى الشركة والالتزامات التى ترتبهـا هـذه الحصص على مقدميهـا • فحـدد ما يتحمله رأس المـال وما تتحمله حصص العمل • وقضى على كل تنـاقض يحتمل وجوده فى العمل بين طبيعة الحصص وبين مـا يترتب عليهـا من واجبات وأعبـاء •

فكانت القـاعدة العامة — كما رأينـا — الوضيعة على رأس المال • ذلك ان الخسـارة لا تخرج عن كونها جزء هالك من المال فيهلك عليه • ولا يتحمل الخسارة سـوى الحصص المالية ، فالنقص الذى يرد على المال لايتحمله الا هذا المال • وهل يمكن اعتبـار الخسـارة سوى نقص يطرأ على قدر المـال الذى يكون رأس مـال الشركة ، فتنقص قيمـة الحصص المالية تبعا لهذا النقص الطارىء وبقدره • على ان هذا النقص لا يستقر دائما فى رأس المال، فيتأيد انخفاضه • بل على العكس ، ان القيمة الاصلية لرأس المال تظل قائمة ، بالرغم من النقص الذى حدث بفعل الخسارة لانه نقص طارىء ، لا يستقر نهائيا فى رأس المال الا اذا توالت الخسارة دون ما تعويض لها • حينئذ فقط ينقص رأس المال لان الشركة سـتنتهى حتما لتوالى الخسارة التى تدل على فشلها • أما اذا لم تتوال الخسارة وحصل بعدها ربح، فان هذا الربح لا يوزع على الشركاء ، انمـا يوجه لاستكمال النقص الذى طرأ على رأس المال • وهذا هو المقصود بان قيمة رأس المال الاصلية تظل باقية •

فكأن هذه القاعدة لا تطبق الا اذا أخذت الخسارة باعناق الشركة وانتهت الى الحـل

بسببها ، فهى تحل وقيمة موجوداتها أقل من قيمة رأس المال ، فيتحمل رأس المال الفرق بين قيمة الموجودات وقيمة رأس المال •

كذلك يستقر هذا النقص فى رأس المال اذا اتفق الشركاء — كما يبيح ذلك القانون — على تخفيض رأس المال بقيمة الخسارة،فيصير المبلغ الباقى هو رأس مال الشركة ، وهذا نوع من تعديل عقد الشركة • وينظر اليه الفقه الاسلامى على أنه شركة جديدة بقدر رأس المال الباقى ، وفى هذه الحال اذا تحقق ربح فلا يجبر به النقص السابق ، انما يوزع على جميع الشركاء •

وما عدا ذلك يعوض النقص بالارباح ، فتنصرف الخسارة فى الحقيقة الىهذه الارباح وليس الى رأس المال • فالقاعدة الاسلامية فى هذا الصدد ليست جامدة تطبق بشكل تحكمى، انما هى تتمتع بمرونة تسمح بنقل العبء الى الربح الحادث • وهى فى ذات الوقت تضع الحل النهائى للحالات التى تنتهى فيها الشركة دون تعويض لخسائرها •

١٩٥ — وتطبيقا لهذه القاعدة قرر الفقهاء ان الاتفاق الذى يحمل الشريك الذى يقدم عمله ، جزءا من خسارة رأس المال — يزيد على ما يفقده من الربح الذى يقابل عمله — شرط فاسد لا يعمل به عند البعض ، ويرى البعض الآخر ان فساد هذا الشرط يمتد ليلحق الشركة ذاتها فيؤدى الى فسادها • وفى ذلك يقول الكاسانى : « ولو شرطا فى العقد ان تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة • والاصل فى الشرطالفاسد اذا دخل على هذا العقد انه ينظر ان كان يؤدى الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه ••• وان كان لا يؤدى الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة [١] » •

وما ينقله الباجى عن الامام مالك من انه اذا « وقر المال وحصل عزل » رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما ، فان لم يكن للمال ربح ودخلته وضيعة ، لم يلحق العامل من ذلك شىء لا مما انفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله »[٢]•

ومن الشافعية يقول الشيرازى : « والعامل أمين فيما فى يده فان تلف فى يده من غيرتفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع [٣] » •

ويقول ابن قدامة الحنبلى : « واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال ••• فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا والعقد صحيح ، نص عليه أحمد وهو قول ابى حنيفة ومالك • وروى عن أحمد ان العقد يفسد وحكى ذلك عن الشافعى لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لاحدهما فضل دراهم والمذهب الاول ••• [٤] » •

وللامامية ما جاء فى مفتاح الكرامة من أنه « لو شرط ما ينافيه (عقد شركة المضاربة) فالوجه بطلان العقد ، مثل ان يشترط ضمان المال أو سهما من الخسران •• [٥] » •

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٨٦ .
(٢) المنتقى جـ ٥ ص ١٦٠ .
(٣) المهذب جـ ١ ص ٣٩٢ . ويلاحظ ان المقصود بالعامل فى النصين السابقين هو الشريك صاحب حصة العمل وليس الأجير .
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٤٨ .
(٥) جـ ٧ ص ٤٢٥ .

١٩٦ — يتضح من هـذه النصوص مدى تطبيق قاعدة الوضيعة على رأس المال، والجزاء المترتب على الاتفاقات المخالفة لها • فالحنفية والحنابلة والمالكية لا يرتبـون على الشرط المخالف للقاعدة أثره لانه باطل فيلغو ، وتصح الشركة • ولا يتحمل صاحب حصـة العمـل شيئا من الخسارة فوق فقـده لنصـيبه من الارباح • أما الشافعية وكذلك الشيعة الامامية فان بطلان الشرط المخالف للقاعدة عندهم يمتد ليلحق بالعقد كله فيقوضه •

على ان عند من يفسد العقد لتضمنه الشرط الفاسد وعند من يقصر بطلان الشرط عليـه وحده ينتهى الامر بالنسبة لاقتسام الاربـاح والاسهام فى الخسـائر الى تطبيق القـاعدة العامة وهى الوضيعة على رأس المال ، وهى التى حاول الشركاء ان يتفقوا على خلافها • فتنقسم الخسارة على قدر الحصص المالية ، ولا يتحمل صاحب حصـة العمـل شـيئا منها بالاضافة الى نصيبه من الأرباح الـذى فقـده •

وفى هذا الصدد نذكر ان هذه القاعدة التى يأخذ بها الفقه الاسـلامى فى جميع مذاهبه تعطى الحل المنطقى والحكم العادل فيما بين أوضاع الشركاء جميعا ، وفى هذا كل الغناء عن ايراد نص يجيز الاتفاق على اعفاء الشريك صاحب حصة العمل من الأعباء المالية للخسارة، وكذلك الغنـاء عن التبريرات التى يحـاول البعض أن يبرر بها هذا النص •

١٩٧ — متى يتحمل صاحب حصة العمـل جـزءا من الخسـارة فى مـاله الشخصى ؟

اذا كان الأصل ان الشريك الذى يقدم عمله كحصة فى الشركة لا يتحمل جزءا من الخسارة فى ماله الخاص، الا أن ذلك ليس مطلقا بل يقيده ان لا يكون ما لحق الشركة من خسـائر قـد نتج عن اهماله أو تعديـه • فاذا صدر منـه تصرف يشوبه الاهمال أو التعدى كان عليه ان يتحمل عبء ما يترتب على هذا الاهمـال أو التعدى • لانه فى ذلك يكون قد خالف الحدود المرسومة له فى التصرف والمرتبطة باغـراض الشركة ، والتى توجب عليه ان يراعى دائما صالح الشركة والشركاء •

وفى ذلك يقول المواق من المالـكية : « قـال أبو محمد المقارض انما أذن له فى حركة المال الى ما ينميه فاذا حركه لغير ما له أخذه ، ضمن هلاكه ونقصه •• [١] •

والباجورى من الشافعية يقول : « وقوله الا بعدوان أى ظلم ولو عبر بالتفريط لـكان أولى لانه يشمل ما لو استعمله ناسيـا فان ذلك تفريط لا تعد ، فمتى خالف فى شىء مما وجب عليه ضمن [٢] » •

ويقول الكاسانى من الحنفية : « فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصـبر المال مضمونا عليه » [٣] •

وابن قدامة يقول : « اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله ••• فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل العلم [٤] » •

وفى ذلك يتفـق الظـاهرية والـزيدية والامامية [٥] • فكأن الجميع يتضافرون على

---

(١) التاج بهامش مواهب الجليل ج ٥ ص ٣٦٥ .
(٢) حاشية الباجورى على ابن القاسم ج ٢ ص ٣٩ .
(٣) البدائع ج ٦ ص ٨٧ .
(٤) المغنى ج ٥ ص ٤٨ .
(٥) راجع المحلى ج ٨ ص ٢٤٨ — البحر الزخار ج ٤ ص ٨٥ — المختصر النافع ص ١٤٦

تأكيد ما يلتزم به صاحب حصة العمل اذا كانت الخسارة أو ــ بصفة عامة ــ الاضرار التى تلحق بالشركة قد أسهم هذا الشريك فى أسباب وقوعها ، ولا يستطيع ان يحتمى بالقاعدة العامة التى تقرر ان الوضيعة على رأس المال ، لان تطبيق هذه القاعدة مقيد بالحالات التى تتحقق فيها الخسارة دون تعد أو اهمال يرتكبه أحد ، كما ان القاعدة العامة التى تحيط بالمعاملات جميعا وهى ان لا ضرر ولا ضرار تأخذ بخناق الشريك الذى يتسبب فى الحاق الخسارة أو أى ضرر بالشركة .

وهذا الحكم يعتبر أمرا منطقيا اذ أنه من قبيل التعويض عن الاضرار التى تقع وتثبت علاقة السببية بينها وبين افعال هذا الشريك أو حتى موقفه السلبى .

١٩٨ ــ بعد ان عرضت لموقف الفقه الاسلامى من اقتسام الخسارة ، ومدى تحمل الشركاء لها كل حسب طبيعة حصته ، وبذلك تنحصر الخسارة بالنسبة للشريك الذى يقدم عمله فيما يفقده من الارباح المشروطة له ، نعرض لما قد يثور من نقاش حول هذا الوضع فى حالة الخسارة والوضع الذى يكون فيه هذا الشريك شريكا متضامنا فى شركات الاشخاص ، حيث يسأل الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . ونبحث ذلك فى المطلب التالى لنتبين حقيقة الامر ، وما اذا كان هناك تعارض بين هذين الوضعين .

المطلب الثالث

مدى مسئولية الشريك صاحب حصة العمل عن ديون الشركة

١٩٩ ــ الشريك صاحب حصة العمل هو المتصرف فى أمور الشركة (المضاربة) فى الفقه الاسلامى ، فهو الذى يمثل الشركة ويتعامل مع الغير نائبا عنها ، فهو بظهوره أمام الغير قد يحقق لهم طمأنينة معينة لما قد يتوفر فيه من ثقة وائتمان ، وعلى هذا قد يكون هذا الشريك موضعا لاجتذاب المتعاملين مع الشركة .

وهذا الشريك فى شركات القانون الوضعى غالبا ما يكون شريكا متضامنا ، حيث يرى الرأى السائد فى فقه القانون ان يكون الشريك الموصى فى شركات التوصية بحصة مالية نقدية أو عينية ولا يجيز هذا الرأي ان يسهم هذا الرأى ان يسهم هذا الشريك بحصة عمل[1] . فاذا كان هذا الشريك شريكا متضامنا فانه الشريك الذى يتولى الادارة غالبا ويقوم بالتعاقد عن الشركة مع الغير .

وفى كلا الوضعين ــ فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ــ يحظى هذا الشريك بوضع ظاهر تترتب عليه مسئوليات كبيرة ، ونبحث فى فرعين مستقلين موقف كل من الفقه الاسلامى والقانون من هذا الوضع ومن مسئوليته قبل دائنى الشركة لنتبين مدى الوفاق أو التعارض بين ما خلصنا اليه من مدى تحمل الشريك بالعمل لنتائج خسارة الشركة ، وما قد يتحمله من المسئولية أمام دائنى الشركة .

الفرع الاول

فى القانون الوضعى

٢٠٠ ــ قلنا ان الرأى السائد فى فقه القانون لا يجيز للشريك الموصى ان يقدم حصته عملا فى الشركة ، وعلى ذلك لا يكون الشريك

(١) لا نسلم بهذا القول بالنسبة للشريك الموصى وسنعرض له فيما بعد عند بحث النطاق الذى يمكن أن تقدم فيه حصة العمل .

صاحب حصة العمل الا شريكا متضامنا . والشريك المتضامن مسئول عن ديون الشركة مسئولية شخصية ومطلقة ، فديون الشركة تعتبر كأنها ديونه الخاصة ويلزم بها فى ماله الخاص اذا لم تف بها أموال الشركة، كما ان مسئوليته عن هذه الديون مسئولية تضامنية مع الشركة ، بحيث يطالب بهذه الديون ولولم يطالب بقية الشركاء فهل يتعارض وضع الشريك المتضامن باعتبار مسئوليته المطلقة والتضامنية عن ديون الشركة ، وما خلصت اليه من تحديد مدى ما يتحمله الشريك صاحب الحصة بالعمل من الخسائر بفقده نصيبه فى الارباح فقط دون ان يتحمل أى عبء مالى من بعد ذلك ؟

٢٠١ — فى الواقع ان الشريك المتضامن قد يستقر فى أمواله الخاصة جزء من ديون الشركة ، وذلك اذا استغرقت هذه الديون رأس مال الشركة وزادت عليه . فان هذه الديون الزائدة على رأس المال يلتزم بها الشركاء المتضامنون فى أموالهم الخاصة الخارجة على ما قدموه من حصص فى رأس مال الشركة . اذ تقف هذه الاموال الخاصة الى جوار رأس مال الشركة مكونة الضمان العام لدائنى الشركة .

وباعتبار هذه الديون خسائر لحقت بالشركة فتوزع على الشركاء المتضامنين بنسبة توزيع الخسائر التى يتفق عليها الشركاء فى عقد الشركة ، اذا وجد النص عليها . أو بنسبة حصصهم فى رأس المال اذا لم توجد النسبة الاتفاقية لاقتسام الخسائر .

ومقتضى ذلك ان الشريك المتضامن يظل محلا لتوجيه دعوى المطالبة بديون الشركة ، وعليه ان يقوم بالوفاء بها اذا لم تف بها أموال الشركة ، وليس له الا ان يرجع بما وفاه على بقية الشركاء وفقا لمدى مسئوليتهم عن ديون الشركة .

٢٠٢ — ومع ذلك نستطيع القول انه لا تعارض بين وضع الشريك بالعمل ، كشريك متضامن وبين ما نأخذ به تحديدا لمساهمته فى خسائر الشركة ، وهو الاقتصار على فقده نسبة حصته من الارباح فقط .

وقبل ان نبين عدم التعارض الذى نقول به ، نبادر بالقول ان القانون — كما سبق — قد أجاز اعفاء الشريك الذى يقدم عمله من المساهمة فى الخسائر . وفى هذه الحال ينحصر ما يتحمله هذا الشريك فى عدم حصوله على مقابل مجهود الذى قدمه للشركة . وقد يكون هذا الشريك أحد الشركاء المتضامنين — بل هو يكون كذلك غالبا حتى فى شركات التوصية، حسب الرأى السائد لدى شراح القانون — ومع ذلك فقد أجاز القانون الاعفاء الاتفاقى من الاسهام فى الخسائر الذى يترتب عليه ان لا يتحمل هذا الشريك أى نصيب مالى فى مقدار الخسارة ، يقدمه من أمواله الخاصة . اذن فالقانون لا يرى تعارضا بين وضع هذا الشريك ولو كان متضامنا ، وبين تحديد ما يسهم به فى الخسائر على هذا النحو .

اذا كان الامر كذلك فيجوز هذا التحديد كقاعدة أساسية بالنسبة للشريك بالعمل . وعلى هذا اذا كان الشريك بالعمل شريكا متضامنا فى شركات الاشخاص ، وتحددت مساهمته فى الخسائر فى تحمله فقد مقابل حصته من الارباح ، فان ذلك لن يمنع ان يظل موضع ضمان للدائنين ، ومعنى هذا أنه سيظل له صفة الشريك المتضامن الذى توجه اليه دعوى المطالبة بديون الشركة .

فاذا اقيمت عليه الدعوى وطولب بديون الشركة ، فلا يجوز له ان يدفع دعوى دائنى

الشركة لانه لا يتحمل أية خسائر فوق ما يتحمله — كشريك بالعمل — من فقدمقابل عمله، وبالتالى لا يجوز له ان يدفع بالتجريد أو التقسيم •

ويجب عليه حينئذ الوفاء بديون الشركة ثم يرجع على الشركاء بجميع ما وفاه من هذه الديون ، اذ ان أصحاب رأس المال هم المسئولون عن تحمل خسائر الشركة ، وليست هذه الديون سوى نوع من الخسائر طالما ان رأس مال الشركة لم يستطع الوفاء بها •

٢٠٣ — لعلنا بذلك نكون قد وفقنا بين حماية حقوق الغير قبل الشركة والوضع الخاص للشريك بالعمل • فالمسئولية المطلقة للشريك المتضامن عن ديون الشركة ، والتضامن بينه وبين الشركاء، وبين الشركاء جميعا والشركة عن هذه الديون مقرران لصالح الدائنين ، زيادة فى الضمان المقرر لهم • ولا شأن بهذه المسئولية وهذا التضامن بالقدر الذى يتحمله الشريك المتضامن من الخسائر •

ويمكن القول — بناء على ذلك — ان الشريك صاحب الحصة بالعمل تنقسم علاقته بالنسبة لديون الشركة الى شقين ، فبمقتضى الشق الاول لا يستطيع ان يدفع فى مواجهة الدائنين دعواهم بأنه ليس مسئولا فى أمواله الخاصة عن ديون الشركة ، فيجب اذن ان يقوم بسدادها • وبموجب الشق الثانى من هذه العلاقة يرجع بجميع الذى وفاه من الديون على الشركاء الاخرين ليستوفى منهم أنصبتهم • ونقول انه يرجع بجميع الذى وفاه ، ولم نقل انه يرجع على الشركاء الآخرين بالقدر الذى يبقى بعد نصيبه من المسئولية عن هذه الديون ، لانه لا مسئولية عليه فى تحمل أية خسارة من خسائر الشركة •

الفرع الثانى
فى الفقه الاسلامى

٢٠٤ — رأينا وضع الشريك صاحب الحصة بالعمل فى شركات الأشخاص فى القانون الوضعى وما خلصنا اليه من عدم التعارض بين موقفيه تجاه الدائنين وتجاه الشركاء •

ونعرض الآن لما يراه الفقه الاسلامى بهذا الصدد ، ولعله فى الواقع الاصل الذى استندت اليه فيما عرضت له بشأن هذا الشريك فى نطاق القانون الوضعى •

والشريك بالعمل باعتباره — فى الفقه الاسلامى — مديرا لشركة المضاربة فهو الشريك الظاهر فى مواجهة الغير وعلى ذلك نبين الاسس فى رفع الدعوى فى مواجهته ومطالبته بالديون المستحقة على الشركة ، ولوجوب الوفاء بهذه الديون دون المحاولة للتخلص منها ، وفيما نستند اليه اخيرا فى حق هذا الشريك فى الرجوع على الشركاء أصحاب الحصص المالية بجميع ما وفى •

فالشريك بالعمل هو الذى يتولى التصرف فى شركة المضاربة بل هو صاحب الحق فى التصرف ، ولم ير من المذاهب امكان اشتراك صاحب حصة رأس المال فى التصرف معه الا الحنابلة ، واعتبروا ذلك نوعا من شركة المضاربة • (١) ونجد قريبا من هذا الرأى عند الامامية (٢) •

فباعتبار الشريك صاحب الحصة بالعمل صاحبا للحق فى التصرفات ، يكون هو الذى يتولى التعاقد ، وظاهر الحال ان العقد لمن

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٢٤ — ٢٥
(٢) انظر مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٤٦ —

وليه .[1] وبذلك يكون للطرف الآخر فى العقد ان يرجع عليه بهذه الصفة ، ولا يستطيع ان يرده .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ان هذا الشريك فى تصرفاته وكيل ، وحقوق العقد التى يعقدها الوكيل اذا كانت من عقود المعاوضات المالية — وهى هنا كذلك — ترجع هذه الحقوق الى الوكيل عند غالبية المذاهب، وبذلك أيضا يكون الرجوع بصددهذه الحقوق على هذا الشريك باعتباره وكيلا . وهو اذا وفى عن الموكل شيئا فانما يرجع به عليه .

٢٠٥ — ونذكر هنا بعض الاقوال فى مذاهب الفقه الاسلامى بصدد الرجوع على الوكيل : فالكاسانى يقول فى بدائعه : « أما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقهما ترجع الى الوكيل.. والأصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات..»[2].

وصاحب نهاية المحتاج يقول : « واذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن ان كان دفعه اليه الموكل للعرف سواء اشترى بعينه ام فى الذمة . ولتعلق أحكام العقد بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب ..»[3] .

ويقول صاحب الشرح الصغير : « وطولب الوكيل بالثمن لسلعة اشتراها لموكله ، وبالثمن الذى باعه لموكله على بيعه الا ان يصرح الوكيل بالبراءة من ذلك »[4] .

ويقول الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير : فان كان (الوكيل) مفوضا كان له (المتعاقد معه) الرجوع عليه وعلى الموكل فيصير له غريمان يتبع ايهما شاء كالشريك المفوض والمقارض (الشريك بالعمل) ...[5]» .

أما الحنابلة فمع انهم يرون ان حقوق العقد ترجع الى الموكل وليس الى الوكيل ، الا أنهم يرون للوكيل وضعا خاصا يقترب من وضع الشريك المتضامن فى شركات الاشخاص فى القانون الوضعى . فالوكيل يقف الى جوار الموكل ضامنا لحقوق العقود التى يبرمها .

فبصدد شركة العنان — وحكم المضاربة عندهم كحكم هذه الشركة — يقول ابن قدامه: « والمطالبة بالاجر لهما وعليهما (شريكا العنان) لان حقوق العقد لا تختص العاقد »[6] .

وتفسير ذلك يأتى بصدد عقد الوكالة فيقول ابن قدامة أيضا : « فأما ثمن ما اشتراه اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى ذمة الموكل أصلا، وفى ذمة الوكيل تبعا **كالضامن** ، وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضا **كالضامن والمضمون عنه سواء**[7] » .

فالشريك صاحب الحصة بالعمل بصفته وكيلا يقف ضامنا بجوار ذمة الشركة ، توجه اليه المطالبة من الدائنين ولا يستطيع لها دفعا . هذا عند الحنابلة ، وعند غيرهم يطالب بالديون بصفة أصلية باعتبار ان حقوق العقد ترجع اليه .

---

(١) وذلك ما لم ينسب التعاقد الى الأصيل وهو الموكل .
(٢) جـ ٦ ص ٣٣ .
(٣) جـ ٤ ص ٣٧ .
(٤) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك جـ ٢ ص ١٦٢ .
(٥) جـ ٣ ص ٣٣٥ .
(٦) المغنى جـ ٥ ص ١٨ .
(٧) المرجع السابق ص ١٣١ .

٢٠٦ — نخلص مما سبق الى ان الرجوع على الشريك صاحب الحصة بالعمل فيما يتعلق بديون الشركة ، يكون اما بحسب الظاهر الذى يعتبر العقد للعاقد ، واما باعتباره وكيلا ترجع حقوق العقد اليه ، أو باعتباره ضامنا يقف الى جوار ذمة الموكل •

وبذلك نجد التأصيل الفقهى والسند الذى نستند اليه فى رجوع الدائنين على الشريك صاحب الحصة بالعمل اذا كان متضامنا فى شركات الاشخاص فى القانون الوضعى • هذا السند ، هو فى رحاب فقهنا الاسلامى الذى يستطيع ان يمد معاملاتنا المعاصرة بكل ما تحتاجه من قواعد تكفل سلامة هذه المعاملات وتحقيق الغرض المقصود منها •

اذن فالدائنون يستطيعون توجيه دعاواهم الى هذا الشريك بما لهم من حقوق قبل الشركة • وعليه ان يوفى ما يطالب به ، ثم يرجع على بقية الشركاء بجميع ما وفاه ، كما يقول ابن عابدين : « وتوكيل مع العمل فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال » (١) •

ولعله يتضح عدم وجود التعارض بين وضع الشريك صاحب الحصة بالعمل ، وبين مسئوليته فى مواجهة الدائنين • فالفقه الاسلامى الذى حسم موضوع المسئولية بقاعدته الملزمة وهى الوضيعة على رأس المال • وبمقتضاها لا يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل متحملا لعبء مالى يمثل جزءا من الخسارة ، حيث انحصرت حصته من الخسارة فيما يفقده من النصيب الذى كان متفقا عليه له من الارباح • ومع ذلك ابقى هذا الفقه مسئولية هذا الشريك أمام دائنى الشركة ، فلم يتح له محاولة الفرار منها ، ضمانا لاستقرار التعامل وابقاء للثقة التى سبق ان أولاها اياه المتعاملون مع الشركة •

وهكذا تتضح علاقة الشريك صاحب حصة العمل ذات الشقين اللذين بموجبهما يرتفع الخلط بين تضامنه عن ديون الشركة فى مواجهة الشركاء ، ومسئوليته عن هذه الديون بصفته شريكا • فالشق الاول يوفر الضمان للدائنين ، والشق الثانى يعطيه الحق فى الرجوع على الشركاء بجميع ما اوفاه عن الشركة ، فتستقر به مسئوليته التى لا تتعدى فقد مقابل حصته من الربح •

٢٠٧ — من كل ما سبق يتضح ان الفقه الاسلامى كان فيما يراه بالنسبة لالتزامات الشريك صاحب الحصة بالعمل موفقا كل التوفيق ، حيث جعل هذه الالتزامات متفقة مع حصة العمل ذاتها وطبيعتها • فهى حصة تؤدى عن طريق بذل مجهود شخصى بالاستعانة بالقدرات والخبرة التى يتمتع بها الشريك الذى يقدمها ، دون ان يكون عليه وهو يؤدى حصته أى التزام مالى ، سوى ما يتسبب فيه باهماله أو تعديه • فيجب كذلك الا يحمل باعباء مالية بعد ان يوفى بحصته على الوجه الذى التزم به ، وفقا للقواعد التى تحكم هذا الوفاء •

كما ان الخسارة انما هى فى النهاية جزء هالك من المال ، فيجب ان تقع فيه ويتحملها الشركاء أصحاب الحصص المالية • وهذا بعكس الربح الذى هو نتيجة المال والعمل معا فيوزع عليهما ، اما اذا اتضح ان العمل قد أسهم أو تسبب فى وقوع الخسارة اهمالا أو قصدا ، فعندئذ يتحمل هذا العنصر مسئوليته كاملة عن ذلك •

٢٠٨ — اما ما تشترطه الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدنى لاعفاء الشريك بالعمل من

---

(١) حاشية على الدار جـ ٤ ص ٥٠٥ .

تحمل الخسارة ، وهو الا يكون قد تقرر له اجر عن عمله مما يفهم منه جواز ان يحصل هذا الشريك بالاضافة الى نصيبه فى الارباح، على اجر ثابت يحدده الاتفاق • فان هذا الشرط لا يجيزه الفقه الاسلامى ، لان صاحب حصة العمل اما ان يكون شريكا أو لا يكون كذلك ، فان كان شريكا فهو شريك فى الارباح ويتحدد حقه بالنسبة المقررة له فيها ، واما ان لا يكون شريكا فلا يعدو ان يكون أجيرا يتقرر له أجر ثابت عن عمله • وقد رأى البعض من شراح القانون أن اشتراط الاجر غير جائز ولذلك يرى ان النص غير موفق لان الشريك اذا قدم حصته عملا وتقاضى عنه أجرا لم يعد شريكا وانما يصبح أجيرا •[1] فتغير الصفة يترتب عليه تغير المقابل ، ولا يجوز الجمع بين الصفتين بصدد عمل واحد، لان ذلك يترتب عليه تداخل بين صفات متعارضة تحكم كل منها قواعد مختلفة ، منها على سبيل المثال رابطة التبعية التى تحكم العلاقة بين الاجير وصاحب العمل ، ونية المشاركة التى تحكم علاقة الشركاء بالشركة •

ويجدر بنا ان نذكر هنا ما يقوله السرخسى: « ولا ينبغى له (صاحب الحصة بالعمل) ان يشترط مع الربح أجرا ، لانه شريك فى المال بحصته من الربح ، وكل من كان شريكا فى مال فليس ينبغى له أن يشترط أجرا فيما عمل • لان المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله فلا يجوز ان يستوجب باعتبار عمله أيضا أجرا مسمى عليه ، اذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد[2] » •

وهكذا يبرز المنطق القانونى السليم فى هذه العبارة التى قال بها السرخسى (اذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد) فاشتراط الاجر بالاضافة الى النصيب فى الربح يترتب عليه تمييز طرف على أطراف أخرى لانه اما ان يسلم له الربح والاجر معا ، واما ان يسلم الاجر فقط اذا لم يتحقق الربح ، فتكون النتيجة انه فى الحالين يجد هذا الشريك مقابلا لعمله ، وهذا يتنافى مع فكرة المساواة أو التعادل بين المتعاقدين • ولعل ذلك هو الذى أدى بالقانون ان يشترط لاعفائه من الخسارة ان لا يكون قد تقرر له أجر •

٢٠٩ — كذلك لا يجوز ان يكون النصيب فى الارباح مبالغ معينة عددا ، كما لم يجز أن تكون النسبة من الارباح مضافا اليها مبلغا معينا • وهذه قاعدة لا خلاف فيها بين مذاهب الفقه الاسلامى ، ويجملها ابن قدامة مع مبرراتها بقوله : « متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم مثل ان يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة ، وانما لم يصح ذلك لمعنيين احدهما : انه اذا شرط دراهم معلومة احتمل ان لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح ، واحتمل الا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءا • وقد يربح كثيرا فيتضرر من شرط له الدراهم • **والثانى** : ان حصة العمل ينبغى ان تكون معلومة بالاجزاء ، فاذا جهلت الاجزاء فسدت ولان العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى فى طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما اذا كان له جزء من الربح[1] » •

ويمكن اعتبار هذا الشرط لا سيما فى الحالة التى يترتب عليها حصول من شرط له نصيبه فى الربح مبالغ معينة على جميع ما يستحق من

---

(١) البارودى جـ ١ ص ١٦١ بند ١/١١٤
(٢) المبسوط جـ ٢٢ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

(٣) المغنى جـ ٥ ص ٣٤ .

الربح ، من شروط الاسد التى يترتب عليها فى القانون بطلان الشركة بطلانا مطلقا .

بذلك نكون قد انتهينا من بحث القواعد التى تحكم نصيب حصة العمل من الربح ، وما يتحمله صاحب هذه الحصة من نتائج الخسارة التى قد تلحق بالشركة .

الا ان شراح القانون يثيرون أحيانا مسألة فرعية بشأن نصيب حصة العمل من الربح . هذه المسألة تترتب على الطبيعة المستمرة لحصة العمل ، عند انتهاء الشركة لاى سبب من الاسباب قبل المدة التى حددت لها . ونبحث هذه المسألة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى المبحث التالى .

المبحث الخامس

اثر انقضاء الشركة قبل نهاية مدتها على مقدار ربح حصة العمل

٢١٠ — قد تنقضى الشركة قبل نهاية مدتها المتفق عليها ، أو المحددة بطريق العمل الذى قامت الشركة من أجل تنفيذه ، لاى سبب من الاسباب . ويترتب على ذلك ان الشريك بالعمل يكون قد أدى حصته اداء غير تام . فأداء هذه الحصة لا يعتبر تاما الا عند انتهاء مدة الشركة التى حددها العقد ، حيث انها تؤدى اداء متعاقبا على مر أيام عمر الشركة، ولذلك كانت الحصة بالعمل ذات طبيعة مستمرة .

وصفة الاستمرار فى أى التزام تجعل تبعة الهلاك على عاتق الملتزم به ، فعلى سبيل المثال فى التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة — وهو التزام مستمر — اذا هلكت هذه العين وقعت تبعة هلاكها على مالكها .

وقد أدت هذه القاعدة الى القول بأن الشريك الذى يقدم عمله كحصة فى الشركة ، يتحمل تبعة عدم استطاعته أداء حصته بسبب مرضه أو اصابته . ولعل هذا المرض أو الاصابة مقصود بهما ما يسبب العجز الكامل عن العمل ، اذ ان هذا القول يجد حينئذ تبريره . ولا يكون كذلك فى حالات المرض العادى الذى لا يسلم منه أى شخص ، وكذلك الاصابة البسيطة التى لا تطول مدتها بحيث تؤثر على حياة الشركة . ويسرى نفس الحكم اذا حالت قوة قاهرة دون الشريك بالعمل وأدائه لحصته[1] . ورأى أنه فى حالة العجز الكامل أو الحيلولة دون القيام بالعمل تنحل الشركة اذا لم يتفق الشركاء على استمرارها بدون هذا الشريك ، وذلك قياسا على حالات الوفاة والحجز والافلاس ، حيث ان النتيجة واحدة ، وهذا بالنسبة لشركات الاشخاص .

فاذا اتفق الشركاء على استمرار الشركة فى مثل هذه الحالات ، تكون الشركة قد فسخت بالنسبة لصاحب حصة العمل وحده .

لكن هل يفقده ذلك نصيبه فيما تكون الشركة قد حققته من أرباح قبل حلها ، أو قبل ان تنفسخ بالنسبة لهذا الشريك ؟

٢١١ — هذا ما يراه البعض [2] ، اذ يقرر ان الشركة تنفسخ بالنظر الى الشريك مقدم حصة العمل ويسقط حقه فى الحصول على الارباح .

---

(١) استئناف القاهرة ٢٧ مارس ١٩٥٦ قضية رقم ٤٤٢ لسنة ٧٠ ق . موسوعة القضاء فى المواد التجارية بند ١١٠٨ ، وقد قضت هذه المحكمة بانقضاء الشركة التى ساهم فيها أحد الشركاء بعمله فقط لتوقفه عن أداء العمل الذى التزم به تبعا لاعتقاله وبقائه بعيدا عن الشركة مدة طويلة .

(٢) محسن شفيق — الوسيط ج ١ بند ٢٤٤ والموجز ج ١ بند ١٦٨ .

وأرى فى هذا الرأى اجحافا بالشريك المصاب الذى يعجز عن أداء عمله ، أو الشريك الذى تحول بينه وبين أداء حصته بالعمل قوة قاهرة أخرى ، فتنفسخ الشركة بالنسبة اليه دون ان يكون لارادته دخل فى هذا الفسخ . ذلك أنه قد أدى حصته أداء جزئيا ، ولابد له من مقابل لهذا الاداء الجزئى ما دامت الشركة فى تاريخ الفسخ ، أو فى تاريخ الحادث المانع من مواصلة العمل قد حققت أرباحا ، أو قامت بأعمال ينتظر ان تتحقق أرباحهافيما بعد . لان الارباح التى تتحقق فى وقت ما انما هى حق كل من له صفة الشريك ابان هذا الوقت ، ولا يجوز ان يستأثر بها البعض دون البعض الآخر .

ونسوق تدليلا على هذا الاجحاف ما قررته المادة ٥٢٨ مدنى فى فقرتها الثالثة من حق الشريك المحجور عليه أو المعسر أو المفلس ، أو ورثة الشريك المتوفى فى نصيبه فى أموال الشركة . وقررت احتساب قيمة هذا النصيب يوم وقوع الحادث الذى أدى الى خروج الشريك من الشركة ، وأما ما يستجد من حقوق فلا يكون للشريك أو ورثته — حسب الأحوال نصيب منها الا اذا كانت ناتجة عن عمليات سابقة على خروج الشريك .

بل أن هذا الحكم هو ما يطبق على الشريك الذى ينسحب من الشركة بارادته الحرة .

كذلك ما يتضح من نص الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٨ مدنى أن نصيب الشريك ليس هو حصته التى قدمها فى رأس المال فقط ، بل هو نصيبه فى أموال الشركة مقدرا وفق موجودات الشركة يوم خروجه . ومادام الأمر كذلك فان هذا النصيب يتضمن ما سبق أن قدمه مضافا اليه ما يخصه مما يكون قد تحقق من أرباح . وقد يكون — على العكس — أقل مما قدمه اذا كانت هناك خسارة .

اذا كان هذا هو حكم القانون بالنسبة لهؤلاء الشركاء ، فكيف يحرم الشريك صاحب الحصة بالعمل من الأرباح التى تكون قد تحققت فى تاريخ خروجه من الشركة ، عن أعمال سابقة على خروجه ؟

فى الواقع لا يوجد ما يبرر هذا الحرمان اذ آن الأرباح تحققت نتيجة ما قدمه جميع الشركاء من مال أو عمل . كما أنه اذا حلت الشركة فان الجميع سيقتسم الأرباح دون استثناء فكذلك اذا انتهت الشركة بالنسبة لأحدهم لأى سبب من الأسباب .

٢١٢ — هذا عن انقضاء الشركة بالنسبة للشريك بالعمل وحده . أما اذا حلت الشركة قبل مدتها التى سبق أن حددت لها ، فنجد البعض من الشراح فى مصر وفرنسا يرون أن الشريك بالعمل لا يجب أن يحصل على كل نصيبه فى الأرباح . انما الذى يحق له أن يحصل عليه هو ما يتناسب مع ما قدمه خلال الفترة التى عاشتها الشركة .

فاذا انقضت الشركة قبل انتهاء المدة المحددة لها فان ذلك يراعى فى انقاص حظ الشريك بمقداره فى الربح أو الخسارة (١) .

كذلك كان القانون المدنى المختلط فى المادة ٥٢٧ ينص على أنه « اذا انفسخت الشركة قبل انتهاء مدتها لا يستحق الشريك صاحب العمل فى قسمة رأس مال الشركة الا حصة بنسبة ما مضى من المدة » . ولم يكن القانون المدنى الأهلى يتضمن مثل هذا النص .

---

(١) على يونس بند ٢٨ ، كامل مرسى — العقود المسماة جـ ٢ ص ٥٢٤ .

وفى فرنسا يرى بعض الشراح كذلك أنه فى حالة حل الشركة المبكر يوجد مجال للانقاص النسبى لحصة الشريك بالعمل فى الأرباح والخسائر [1] .

ويعتبر هذا الاتجاه تطبيقا لقاعدة تحمل تبعه الهلاك فى الالتزامات المستمرة • فحصة العمل وهى ذات طبيعة مستمرة لا يجوز — بحق — اعتبار أن أداءها قد تم الا عندانتهاء المدة المحددة للشركة ، أو انتهاء العمل الذى تكونت الشركة للقيام بانجازه •

٢١٣ — ومع التسليم بالنتائج المترتبة على الحصة بالعمل كحصة تؤدى على التعاقب طوال فترة الشركة ، الا أن طبيعة حصة العمل تحتم النظر اليها من جميع الجوانب وليس من خلال هذه الخصوصية فقط • ذلك أنه اذا لم يكن الشريك بالعمل قد قام بأداء حصته كاملا ، حيث أنه لم يقدم كل ما كان مفروضا عليه أن يقدمه للشركة من نشاطه • فان الحصص المالية وان قدمت كاملة الا أنها لم تستغل بالقدر الذى كان مقررا لهذا الاستغلال لو أن الشركة قد استمرت الى نهاية المدة المحددة لها •

ولا يقال أن أصحاب الحصص المالية قد عطلوا أموالهم هذه بمجرد تكوين الشركة عن الاستثمار خارج نطاقها ، فيختلف الوضع بالنسبة لحصة العمل التى لم تقدم كلها للشركة ولا تسمح طبيعتها بالأداء الفورى عند تكوين الشركة • حيث أن الشريك الذى يقدم عمله حصة للشركة فان كانت الشركة لم تنتفع بعمله كله لانقضائها المبكر ، الا أنه قد عطل وقته عن أن يستغل •خارج نطاق الشركة ، وبذلك يتساوى الجميع •

واذا كانت حصة العمل لم تؤد بالكامل ، الا أن الأداء الجزئى الذىتم خلال الفترة التى بقيتها الشركة ، يعتبر أداء كاملا بالنسبة الى هذه الفترة • لأن العمل الذى تحتاجه الشركة فى هذه المدة التى عاشتها ، من هذا الشريك قد تم أداؤه فعلا • فالأداء لا يعتبر جزئيا الا بالنسبة للفترة الأصلية التى كان مقررا أن تحياها الشركة ، أما بالنسبة للفترة التى عاشتها الشركة فقط فيعتبر هذا الأداء أداء كاملا •

ونسوق دليلا على ذلك أن الشركات قد اعتادت أن توزع أرباحها على فترات ولا تنتظر حتى تنتهى مدتها أو تستكمل عملها الذى تقوم بانجازه • وقد استقر عرفا وقانونا أن تكون مدة كل فترة سنة ، وتوزع الأرباح فى نهاية كل سنة على جميع الشركاء كل حسب نصيب حصته ، دون تفرقة بين حصة مالية أو حصة بالعمل • مع أن الشريك بالعمل لا يكون قد أدى حصته الا أداء جزئيا • ولم يقل أحد أنه يجب أن يحصل هذا الشريك على مقابل لهذا الأداء الجزئى فقط ويبقى له الحق فى بقية نصيبه الى انتهاء الشركة فيحصل عليه ، لأنه يكون حينئذ فقط قد وفى بالتزامه كاملا •

٢١٤ — فاذا أضفنا الى ذلك أن موقف الشريك صاحب حصة العمل هو نفس موقف الشريك الذى يقدم حصته عينا لمجرد الانتفاع بها • فان هذا الانتفاع — باعتبار أن له صفة الاستمرار حيث لا يتصور تمامه بمجرد تقديم العين المنتفع بها — لا يكون قد تم نظرا لأن الشركة قد انقضت قبل موعدها الذى سبق أن حدد لها • فالتمكين من الانتفاع بالعين المقدمة يعتبر تمكينا جزئيا اذا نظرنا الى المدة

---

(1) ليون كان ورينوه ج ٢ بند ٥١ ، هنرى بليس بند ٢٥٨ وبه اشارات الى بعض أحكام المحاكم فى فرنسا ، مما يدل على أن القضاء هناك يميل الى هذا الاتجاه .

التي عاشتها الشركة منسوبة الى مدتها الأصلية. ومع هذا لم يقل أحد بانقاص نصيب هذه الحصة من الأرباح انقاصا نسبيا ، اذا لم تنتفع بها الشركة المدة المقررة أصلا بسبب الانتهاء المبكر .

ولا يرد على ذلك بأن هذا الشريك شأنه شأن الشركاء الذين قدموا حصصا نقدية قد حرموا استغلال هذه الحصص خلال هذه الفترة فيجب أن يكون المقابل كاملا . لأن الشريك بالعمل وهو يؤدي عمله للشركة قد حرم نفسه مقابل هذا العمل لو أنه أداه للغير. كما أنه — كما سبق أن رأينا — قد يكون قد التزم أن يوقف كل وقته لأعمال الشركة فحينئذ يكون قد حرم نفسه أي استفادة جزئية خارج نطاق الشركة .

في الواقع أرى أن التبرير الصحيح لعدم المناداة بانقاص نصيب الحصص العينية المقدمة للانتفاع بها من الأرباح تبعا لنقص مدة بقاء الشركة ، هو أن الشركة قد انتفعت انتفاعا كاملا خلال الفترة التي عاشتها بهذه الحصص.

وهكذا يتضح أنه لا يفضل أي شريك ، الشريك بالعمل حتى يمكن أن يرتب هذا الفضل ، فضلا في الحق في الحصول على أنصبة الأرباح .

وأخيرا فان الأرباح التي تكون الشركة قد حققتها خلال الفترة التي بقيتها على قيد الحياة حتى الحل — حسب الأصل — أقل من تلك التي كان يمكن أن تحققها لو أنها بقيت المدة المحددة لها بأكملها . فكأن الأرباح قد أنقصت أصلا انقاصا نسبيا .

فاذا كانت هذه الأرباح هي نتاج المال والعمل سوا بسواء ، فيجب أن يسوى بينهما في كيفية توزيع هذه الأرباح . لذلك ننتهي الى أنه لا يوجد ما يعتبر مبررا مقبولا لهذه التفرقة بين عنصري العمل والمال .

٢١٥ — ولا نجد هذا القول الذي يثيره بعض شراح القانون ، أو بواسطة نصوص هذا القانون في بعض الأحيان ، عند مذاهب الفقه الاسلامي جميعا . فالشركة عند فقهاء الاسلام من العقود الجائزة [1] ، فيجوز فسخها من أي الأطراف دون توقف ذلك على موافقة بقية الأطراف . فاذا فسخت الشركة ، صفيت أعمالها وبيعت موجوداتها ، واقتسم أصحاب الأموال هذه الموجودات بقدر حصصهم في رأس المال . ثم يوزع الباقي على جميع الشركاء — دون تفرقة — وفقا للشروط التي تضمنها عقد الشركة لكيفية توزيع الأرباح . فالربح من حق الجميع وعلى هذا يجب اقتسامه دون انقاص لنصيب أي منهم لأن ما يتحقق من ربح في أي فترة من الفترات هو فضل مكتسب ، وحق لهم فلا يحرم منه أحدهم ولو جزئيا .

حتى أن من هذه المذاهب من يرى أن لصاحب حصة العمل الحق في بيع سلع الشركة بعد فسخها ، استظهارا للربح الذي يكون عساه أن يتحقق . ثم تتم قسمته حسب الشروط التي تم ابرامها بين الشركاء .

ومنهم من أجاز قسمة المال على الحال التي يكون عليها وقت الفسخ ، ولم يقل أحد من فقهاء هذه المذاهب جميعا بانقاص حصة الشريك بالعمل من الربح ، ولو كان هو الذي فسخ الشركة من جانبه وبارادته المنفردة .

---

(١) العقود الجائزة هي العقود غير اللازمة — في اصلاح القانون .

الفصل الثالث :

تقويم الحصة بالعمل

٢١٦ — الحصة بالعمل حصة غير مالية ، بمعنى أنها لا تتكون من أموال تقدم للشركة فهى مجهود شخصى يبذله الشريك الذى يقدمها على مدار حياة الشركة . وهى لذلك لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة ، وأن استعمل أحيانا تعبير ، (الشريك الذى يقدم عمله حصة فى رأس مال الشركة) [١] . اذ المقصود بذلك هو الاسهام فى تكوين الشركة ، وليس فى رأس مالها ، ولا خلاف فى ذلك . انما يثور الخلاف بصدد تقويم حصة العمل .

فغالبية الشراح فى مصر وفرنسا يرون أن هذه الحصة لا يمكن تقويمها نقدا ، أو على الأقل يصعب ذلك . ومنهم من يصرح بهذا الرأى . ومنهم من تتضح عدم مخالفته له ، من بين ما يراه بالنسبة لهذه الحصة ووضعها فى سائر أنواع الشركات .

فعند البعض أن هذه الحصة غير قابلة للتقويم النقدى [٢] ، أو أن العرف يتعارض مع تقويم هذه الحصة بالنقود حيث جرت العادة فى شركات الأشخاص على الاكتفاء بتحديد نصيب صاحبها فى الأرباح بنسبة معينة [٣] .

ويرى البعض الآخر أن فى تقويم هذه الحصص صعوبة نظرا لافساحه المجال للتحايل ، وكذلك اتضحت ريبة القانون حيال هذه الحصص [٤] .

وقبل بحث هذا الموضوع والدخول فى تفاصيله ، نؤكد أن الحصة بالعمل سواء قومت أو لم تقوم بالنقود ، فلا يمكن أن تعتبر ضمن مبالغ رأس المال ، وسواء فى ذلك رأس مال شركات الأشخاص أو رأس مال شركات الأموال . لأن هذه الحصة عبارة عن عمل وليست مالا .

الا أن تقويمها لا أرى ما يمنعه سواء من حيث طبيعة هذه الحصة أو من خارج طبيعتها .

بل أن تقويمها أراه الخطوة الأولى والضرورية لتقدير نصيب الأرباح الذى يخصص لها ، وقد يكون هذا التقويم صراحة فتذكر قيمتها المالية ، كما قد يكون التقويم ضمنيا فلا تذكر قيمتها صراحة ولكن يكتفى بذكر نصيبها من الأرباح .

فهذه الحصة لها قيمة مادية ، ولا يمكن الجدال فى ذلك حيث أنها تتكون من مجهود ، والمجهود له قيمة يتقوم بها . هذه القيمة يمكن تقديرها بالنقود . وهذا هو التقويم الصريح، وقد يقدر لهذا المجهود مقابل ، هذا المقابل يتضمن تقويم المجهود ، وهذا هو التقويم الضمنى .

ونعرض فى مبحثين لما يراه كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى بهذا الصدد .

---

(١) ملش ص ٣١ ، السنهورى — الوسيط ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) مصطفى طه ص ٢٢٣ ، نفس المعنى على يونس — الشركات التجارية (١٩٥٧) بند ٣١٣ قارن عكس ذلك البارودى ج ١ بند ١١٣ ج (يرى أن العمل يمكن تقويمه بالنقود) .

(٣) على العريف ملحق ١٩٥٥ ص ١٣٥ .

(٤) أسكارا بند ٥٢٣ ، هامل ولا جارد بند ٣٩١ — وعندهما تقدير حصة العمل يثير صعوبات أكثر حساسية من تلك التى يثيرها تقدير الحصص العينية .

المبحث الأول

تقويم الحصة بالعمل فى الفقه الاسلامى

٢١٧ ـ رأينا من قبل أن الفقه الاسلامى يوجب ذكر نصيب حصة العمل من الربح فى عقد الشركة ، ويتشدد فى ذلك ، وأن بعض فقهائه يرى فساد عقد الشركة اذا لم يذكر قدر هذا النصيب [١] .

واذا كان هذا هو الموقف بالنسبة لتقدير نصيب هذه الحصة من الأرباح ،فانه لا يمكن تقدير هـذا النصيب الا اذا كانت الحصـة بالعمل قد قومت لدى أطراف عقد الشركة . لأنه لا يمكن أن يكون تقدير نصيبها من الأرباح جزافا ، دون أن يدخل فى الاعتبار مدى العمل المنتظر من حيث كمه وكيفه ، ومدى ما ينتظر من نفع يعود على الشركة من جـراء هـذا العمـل .

ونلمح فى القاعدة القائلة أن صاحب حصة العمل يستحق الربح بالشرط ،ضرورة التقويم. حيث أن الشرط لا يكون قد تضمن قدر نصيب الربح فقط ، فالمشروط لا يكون الا نتيجـة للمناقشة والمساومة بين أطراف العقد . فاذا تم الاتفاق عليه فانما يكون قد تم الاتفـاق على الأسس التى قام عليها تحديد النصيب فى الأرباح . واذا كان الشرط لا يفصح عن هذه الأسس ولا يصرح بها . الا أنه لا شك ينطوى عليها ، فيحتويها ضمنا .

فالشرط ليس الا اتفاقا ، ولا يمكن أن يوجد اتفاق دون أن توجد القواعد التى يتم ارساؤه عليها . بل أن من أسباب فساد عقد الشركة جهالة الربح سواء بالسكوت عن تقديره ، أو تقديره بطريقة تؤدى الى جهالته.وكون الربح قد ذكر دون تحديد يزيل الجهالة ، يدل بذاته

(١) انظر ما سبق بند ١٦٧ وما بعده .

على أن الحصص لم تقوم على الوجه الصحيح، والا لتم تحديد الربح تحديدا سليما ، وعلى هذا فكأن مرد الفساد الى سبب خاف هو جهالة تقويم الحصص .

ويتضح تقويم الحصص كأساس لتقـدير أنصبة الربح فى حالة تعدد الشركاء أصحاب الحصص بالعمل ، حين تتفـاوت أنصبتهم فى الربح تبعا لتفاوتهم فى أعمالهم من حيث الخبرة أو المقدرة وفى هذا تتفق أقوال فقهاء المذاهب.

٢١٨ ـ فمن أقوال الحنفية مـا جـاء فى مبسوط السرخسى : « .. لأن رب المـال شرط على كل واحد من المضاربين جزءا معلوما من الربح،وفاوت بينهما لتفاوتها فى الهـداية فى التجارة المربحة وذلك صحيح » [٢] . وعند المـالكية ما يفصح عنه الدردير بقوله : « وأن تعدد العامل (الشريك بالعمل) بأن أخذ اثنان أو أكثر مالا قراضا فالربح كالعمل ، أى يفض الربح عليهما أو عليهم على العمـل كشركاء الأبدان ، فيأخذ كل واحـد منه بقـدر عمله فلا يجوز أن يتساويا فى العمل ويختلفا فى الربح وبالعكس .. » [٣] .

(٢) جـ ٢٢ ص ٣١ .

(٣) الشرح الكبير بهـامش حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٦٥ . وان كنا قد ذكرنا هذا الرأى الا أن فى المذهب المالكى خلافا نجـده فيما يراه الباجى من وجوب تسـاوى الشركاء بالعمل فى الربح وان تفاوتا فى البصر بالتجارة ، ويستدل بما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بابدانهما فلا يجوز تفاضلهما فيمـا يعود نفعه عليهمـا كالشركة المختصة بالأبدان . (المنتقى جـ ٥ ص ١٥٤) . وفى التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٦٧ ، بعد أن يشير الى ما جاء فى المدونة من عدم جواز التفاضـل ويذكر المؤيدين لذلك يقول : قال فضـل ظاهر المدونة أنه لو كان عملهما على قدر أجزائهما من الربح جاز . وفى نفس الصفحة يذكر صاحب المواهب عن عياض قال بعضهم عملهما على قدر أجزائهما من الربح وقال بعض مشايخنا المتأخرين الصواب جوازه. ا هـ وبعض مشايخه المشار اليه هو ابن رشد .

وللشافعية ما يقوله الانصارى : « ويجوز تعدد كل من المالك والعامل ، فللمالك أن يقارض اثنين متفاضلا ومساويا فى المشروط لهما من الربح كأن يشرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر الربع أو بشرط لهما النصف بالسوية »[(1)] .

ويقول ابن قدامة الحنبلى : « أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا (شريكا العنان) فى الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد . وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل ، فجاز له أن يشترط زيادة فى الربح فى مقابلة عمله »[(2)] .

وهكذا يأتى الكلام صراحة عن تقويم حصص العمل ، وتفاوت خبرة الشركاء بالعمل ومقدرتهم وكفاءتهم فى أداء حصصهم ، هذا الكلام الصريح عن تقويم حصص العمل يؤكد أن الربح لا يشترط جزافا . فان التفاوت بين الشركاء بالعمل لا يمكن استظهاره الا نتيجة لتقويم دقيق لكل ما يتوقع من هؤلاء الشركاء من أعمال ، ولما يحتمل من انتفاع بهذه الأعمال .

وعلى أساس من هذا التقويم يكون تقدير أنصبة الأرباح لهؤلاء الشركاء ، ولذلك كان تفاوتهم فى الربح . ولهذا اتفقت آراء المذاهب الاسلامية على تقويم حصص العمل وان اختلفت وسيلة التعبير،ففى النصوص السابقة وجدنا مثلا التعبير بالتفاوت فى الهداية فى التجارة المربحة .

وكذلك القول بعدم جواز التساوى فى العمل والاختلاف فى الربح . وأخيرا وجدنا التصريح باختلاف حصص العمل فى البصر بالتجارة ، والقوة على أداء العمل المطلوب .

اذن فنتنتهى الى أن تقدير حصص الربح للحصص بالعمل لا يمكن اطلاقا أن يكون جزافا .

٢١٩ — وحين تفسد الشركة ، يفسد أيضا تقويم الحصة بالعمل الذى تضمنه عقدها ، ويترتب على ذلك التحول عنه الى معيار آخر يقوم به العمل الذى قدم للشركة التى أبطلت .

هذا المعيار الذى يتحول اليه هو أجر المثل أو قراض المثل . ففساد عقد الشركة يحول دون تطبيق ما جاء من شروط . ولذلك يتجه الى قواعد أخرى لتصفية ما للشركاء وماعليهم .

وبالنسبة لحصص العمل فأقرب هذه القواعد التى يمكن أن تعطى الحل الملائم ، هى أجر المثل أو قراض المثل عند البعض فى حالات معينة .

وأجر المثل أو قراض المثل لايمكن تحديده الا بتقويم جديد على أساس مثيل العمل الذى يؤديه صاحب الحصة ، والمثيل الذى يتساوى معه هذا الشريك فى الخبرة والكفاءة . فيعطى ما يعطاه عادة هذا المثيل فى مقابل مثل ما قام به صاحب الحصة بالعمل .

وكذلك اذا كان ما يصار اليه هو قراض المثل ، أى ما يحصل عليه صاحب حصة عمل آخر فى شركة مضاربة مماثلة .

---

(1) شرح منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمى ج ٢ ص ١٦٧ .
(2) المغنى ج ٥ ص ٢٧ .

(3) راجع البدائع ج ٦ ص ١٠٨ ، الشرح الكبير بهامش الدسوقى ج ٣ ص ٤٥٦ — ٤٥٧ ، الوجيز للغزالى ج ١ ص ٢٢٢ ، المغنى ج ٥ ص ٦٥ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٨٩ ، مسائل الخلاف للطوسى ج ١ ص ٢٤٨ .

وفى الحالين لابد أن يكون المثيل من حيث العمل كما وكيفا ، ومن حيث الكفاءة والخبرة، قد سبق تقدير عمله وتقويمه • والا فلاسبيل الى الوصول الى التحقيق من وجود التماثل بين العملين والشخصين من حيث الكفاءة فى الأداء •

وبذلك نجد ان حصص العمل قابلة للتقويم، بل والتقويم النقدى • وان لم يأت التقويم بالنقود صراحة • وانما يذكر فهو قدر النصيب من الربح ، لكن هذا التقدير يتضمن بذاته التقويم النقدى للحصة بالعمل ، وهو الذى كان فى اعتبار الشركاء عند التعاقد •

فلو أن أربعة أشخاص كونوا شركة ، اثنان منهم قدما حصص رأس المال ، وقدم الآخران عملهما • فاذا كان رأس المال الفى جنيه مثلا، وقسم الربح بين الاربعة بالتساوى ، أى ان نصيب كل منهم ربع الربح ، كان معنى ذلك ان حصتى العمل تتساويان مع حصتى المال• ولما كان رأس المال الفى جنيه ، كان مقدار الحصة منه ألف جنيه • اذن فحصة العمل الواحدة قدرت فى هذا المثال تقديرا ضمنيا بألف جنيه •

وعلى هذا فمقدار حصة الربح يتضمن تقويم حصة العمل تقويما نقديا وان كان ضمنيا • واذا كان فقهاء المذاهب الاسلامية قد تكلموا عن العمل واختلافه من شخص الى آخر ، لاختلاف الاشخاص فى الهداية الى التصرفات المربحة ، مما يؤكد معنى تقويم العمل تمهيدا لتحديد ما يقابله من الربح • الا ان البعض من علماء هذه المذاهب يذكر صراحة قابلية حصص العمل للتقويم النقدى ، مثال ذلك ما قاله العاملى بصدد اجازة حصة العمل فى شركات الاموال نتيجة لتفاوت العمل من الشركاء فى هذه الشركات ، من ان « العمل متقوم بالمال » [1] •

المبحث الثانى
تقويم الحصة بالعمل فى القانون الوضعى

٢٢٠ — تقويم حصص الشركاء من الامور الدقيقة ، التى يجب ان تتم بطريقة سليمة ، صيانة لحقوق الشركاء وحقوق الغير — ولا يثور ذلك الا بالنسبة للحصص العينية — فيجب ان يذكر فى عقد الشركة قيمة هذه الحصص ، وكذلك مقدار الحصص المالية الأخرى وحصص العمل • ومع ذلك فقد يأتى عقد الشركة خلوا من النص على هذا التقويم• ففى مثل هذه الحال قد يثور الشك حول قيمة الحصص المقدمة للشركة • وقد أورد القانون المدنى الجديد فى م ٥٠٨ قرينة تقبل اثبات العكس ، وهى افتراض تساوى ما قدم الشركاء من حصص • ولم يفرق النص بين الحصص المالية وحصص العمل ، فهو نص عام يشملها جميعا • وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ان هذا النص « مقصود به القضاء على كل نزاع كما قصد به أيضا بيان الفائدة من تقدير الحصص وهو يقرر حكمين [2] افتراض المساواة فى قيمة الحصص لان توزيع الارباح والخسائر يكون كما سنرى بنسبة الحصص ، وذلك يتطلب معرفة قيمتها • ولا يقوم أى أشكال اذا كانت الحصة عبارة عن مبالغ أو أموال يسهل تقدير قيمتها • لكن يصعب الامر اذا كانت الحصة عبارة عن عمل أو كانت مالا لا يمكن تقدير قيمته الا بعد مضى مدة ما • وما دام العقد لم يذكر شيئا، وما دام هناك شك ، فيجب ان تفترض تساوى الحصص فى القيمة ، وعلى ان هذه القرينة

---

(١) مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٠٣ .

تقبل الاثبات العكسى طبقا للقواعد العامة » (1) .

وعلى ذلك فنص المادة ٥٠٨ غير واجب التطبيق الا اذا لم يوجد ذكر لتقدير الحصص فى عقد الشركة ، ولم توجد الوسيلة للتقويم، وثار الشك حول قيمة الحصص التى قدمت للشركة . فاذا سوى بينهما من حيث القيمة، فهو تقويم افتراضى محض — ولذلك جاز اثبات عكسه — وليس هو السبيل العادى لتقويم الحصص . بل هو طريق استثنائى لا يلجأ اليه الا عند الحاجة لقطع الشك وانهاء النزاع .

ولعل هذا النص لا يخلو من فائدة أخرى ذلك أنه جعل كل شريك يستشعر الخطر من عدم ذكر قيمة حصته فى عقد الشركة . ويحضه على التمسك بوجوب اجراء التقويم والنص على قيمة الحصص فى العقد . والا اعتبرت الحصص كلها متساوية ، وضاع على صاحب الحصة الاكبر قيمة ، الفرق بينها وبين غيرها من الحصص . وهذا يترتب عليه فقد الكثير سواء عند توزيع الارباح خلال قيام الشركة أو فى اقتسام موجودات الشركة عند القسمة.

٢٢١ — واذا كان هذا النص يهدف الى القضاء على النزاع الذى قد يثور بسبب عدم ذكر تقويم الحصص فى عقد الشركة . فان هناك نزاعا آخر قد ينشأ بصدد كيفية التوزيع، ذلك ان القانون لم يستلزم ان يكون اسهام الشريك ربحا أو خسارة ، متناسبا مع مقدار حصته ، اذ أجاز الاتفاق على ان يكون النصيب من الربح أو الخسارة أكثر أو أقل من نسبة الحصة .

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٣ .

لذلك كان لزاما ان يواجه الفرض الذى يسكت فيه عقد الشركة عن ذكر كيفية توزيع الارباح واقتسام الخسائر . فأورد القواعد التى تطبق فى مثل هذه الحالة بنص المادة ٥١٤ مدنى . وخص حصة العمل بالفقرة الثالثة من هذه المادة التى تنص على انه « ... اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل » .

فالفائدة التى تعود على الشركة من حصص العمل هى الفيصل فى تقرير نصيب هذه الحصص من الارباح . الا ان هذا النص لا تقف فائدته عند الوفاء بهذا الغرض ، بل يلفت النظر الى ما هو أهم من ذلك بكثير ، حيث انه تضمن المعيار الذى يمكن ان تقوم به حصة العمل التقويم الحقيقى ، وليس التقويم الافتراضى الذى ورد فى المادة ٥٠٨ مدنى .

فاذا كان النصيب فى الربح والخسارة يقدر حسب قيمة الحصة المقدمة ، اذا كان عقد الشركة لم يذكر شيئا فى هذا الخصوص . واذا كان نصيب حصة العمل فى الارباح والخسائر يقدر بمعيار الفائدة التى تعود على الشركة من هذا العمل(2) . فيكون هذا المعيار هو الذى تقوم الحصة ذاتها على أساسه ، وذلك ما تقرره المذكرة الايضاحية بقولها : « الشريك الذى يساهم بعمله تقدر حصته تبعا لاهمية هذا العمل ، ويعطى نصيبا من الأرباح والخسائر يعادله .. »(3) .

(2) سبق أن انتهينا الى أن المدى الذى يساهم به الشريك بالعمل فى الخسارة هو فقده مقابل عمله ، فاذا ذكرنا هنا تعبير تقدير الربح والخسارة فانما هو يقتصر على مجرد النقل فقط الاستشهاد ، بالمعيار الذى ارتضاه القانون .
(3) الأعمال التحضرية ج ٤ ص ٣٢٩ .

٢٢٢ — اذن فمعيار الفائدة تقوم به الحصة أولا ثم يحدد به مقدار هذه الحصة من الربح. واذا كانت الفائدة التى تفيدهـا الشركة من حصة العمل هى المعيار الذى أخذ به القانون لتقويم هذه الحصة ، وبالتالى لتقدير مايخصها من الربح اذا لم يرد بعقد الشركة ذكر لهـذا النصيب . فانى ارى أنـه المعيـار الصحيح الذى يجب ان يأخذ به الشركاء فى تقويمهم الاتفاقى لحصص العمل . لانه المعيار الذى يقدر به العمل التقدير الموضوعى ، البعيد عن احتمالات التحايل . فالفائدة التى تعود على الشركة تزيد وتنقص تبعـا لاهمية العمـل المقدم .

وهكذا يقرر القانون — على خلاف ما يراه غالبية الشراح — أن حصة العمل تقبل التقويم النقدى ، ولا تأبى طبيعتها هذا التقويم .

ولعل ما حـدا هؤلاء الشراح الى رأيهم هذا هو ان العمل يقدم للشركة متعاقبا ، فلا يمكن — عندهم — ان يقوم تقويما فوريا عند انعقاد الشركة . وهو ما صرح به البعض حين قال بعدم امكان التقـويم الفـورى لحصص العمل[1] .

ولقـد تفـادى القـانون المـدنى الجديد بهـذا النص ما وجـه من نقـد الى القانون المدنى القديم ، وقوانين بلاد أخرى كفرنسا ، [2] التى قضت بتقدير حصة العمل بقيمة أقل حصة مالية من حصص الشركاء . وهو تقدير تعسفى لا يعطى حصة العمل قدرها الصحيح ، ولا يعترف بما يكون لها من أهمية. بل ان القانون المدنى المختلط قد سار فى هذا الصدد شوطا بعيدا ، فالمادة ٥٢٦ منه كانت تقضى بأنه « اذا قدم شريك علاوة على عمله حصة عينية يستحق فى مقابلة الحصة العينية نصيبه فى الربح بنسبة أقل حصة عينية من حصص الشركاء الآخرين » .

وكأن لعنة العمل قد حلت بهذا الشريك فلا تزايله حتى اذا قدم مع عمله حصـة مالية . وهذا النص كما يقول بحـق الدكتـور كامل مرسى : « لايتفق مع العدالة،لأن كون الشريك قدم عمله مع حصة عينية أخرى لا يمكن ان يجعل مركزه مع باقى الشركاء أسوأ مما لو كان لم يقدم عمله »[3] .

ولعل الحصة بالعمل تكون أهم الحصـص المقدمة للشركة . بل قد تكون — وغالبـا ما يحدث ذلك — الحصة التى تتكون من أجلهـا الشركة ، كما اذا كان لدى شخص اختـراع لا يستطيع تمويل تنفيذه واستغلاله استغلالا تجاريا ، فيجمع عددا من الاشخاص يمولون مشروعه ، ويقوم هـو بالتنفيـذ والادارة . فالشركة هنا قامت على أساس حصة العمل، ولولاها ما تكونت الشركة ، فكيف تعتبر هذه الحصة فى مثل هذا الفـرض مساوية لأقـل الحصص المالية ؟

والواقع كما سبق ان رأينا فان هذا النص لا يساير الحقيقة ولا يتفق مع طبيعة الامور. وحسنا فعل تقنيننا المدنى الجديد حين عدل عن حكم هذا النص . وحكم الفائدة التى تعود على الشركة فى تقدير نصيب حصة العمل من الارباح ، وهو بذلك يلتقى مع مذاهب الفقـه الاسلامى .

ومن ناحية أخرى فان موقف الشراح الذين يقولون بعدم قابلية الحصة بالعمل للتقـويم

---

(١) على جمال الدين عوض بند ١٣٦ .

(٢) انظر الفقـرة الثانية من المـادة ١٨٥٣ مدنى فرنسى .

(٣) العقود المسماه جـ ٢ ص ٥٤٠ هامش(١)

النقدى يكون موقفا لا يتفق ومسلك التقنين المدنى الجديد ، ولا يجوز لهم ذلك بعد نصه الصريح الذىأورد به معيار التقويم • ليس فقط ليكون رأيهم موافقا لنص القانون ، بل أيضا ليتفق ووجه الحقيقة •

المبحث الثالث
كيفية تحديد الفائدة كمعيار لتقويم حصة العمل

٢٢٣ — سبق أن خلصت الى أن حصة العمل تتضمن التزامين ، التزام بقيام بعمل ،والتزام بامتناع عن عمل • التزام ببذل مجهود أو تقديم النشاط المتفق عليه ، والتزام بالامتناع عن القيام باضرار الشركة • وبذلك تكونحصة العمل قد تضمنت التزاما ببذل عناية ، والتزاما بتحقيق غاية •[1] •

فالالتزام الاول وهو بذل المجهود أو النشاط ، هو التزام ببذل عناية • وذلك لان الشريك سواء فى الفقه الاسلامى أو القانون الوضعى أمين على ما يكون فى حوزته منأموال الشركة ، ووكيل عنها فى التصرفات المتعلقة بنشاطها ، كما سنرى من بعد •

والتزام الامين — كالوديع — هو التزام بالمحافظة على ما يكون تحت يده من أموال الغير •

وكذلك التزام الوكيل فى تصرفه عن الموكل التزام بتوخى الاحتياط فى القيام بأعماله الموكل بها ، والمحافظة على الاشياء التىيتولى رعايتها أو ادارتها •

وعلى ذلك يعتبر الشريك بالعمل أنه قد وفى بالتزامه اذا هو بذل فى تنفيذه العنايةوالحيطة المطلوبتين فى أداء مثل هذه الالتزامات •

والالتزام الثانىامتناع عنكل مايضر الشركة سواء كان ذلك عند أداء الحصة ، أو بالعمل الذى يكون موضوعها اذا أداه هذا الشريك لحسابه الخاص أو لحساب الغير خارج نطاق الشركة • وهنا اذا تحقق الضرر كان الشريك بالعمل مخلا بالتزامه بالوفاء بحصته ، مالم يثبت انتفاء رابطة السببية بين أدائه للعمل والضرر الذى لحق الشركة •

٢٢٤ — واذا كان الشق الاول من مضمون حصة العمل وهو الالتزام بالقيام بعمل يتطلب الفقه الاسلامى فيه بذل العناية المعتادة بين أواسط الناس •

الا أنه يصادفنا فى نطاق القانون نصخاص بالشركات وردت به الفقرة الثانية من المادة ٥٢١ مدنى • ونص عام يخضع له الالتزام بالعمل ، تضمنته المادة ٢١١ مدنى •

وبالنسبة للنص الاول يخفف القانون من قدر هذه العناية المطلوبة فيجعلها العناية التى يبذلها الشريك فى أمواله الخاصة ، الا اذا

---

(١) يقسم القانون الالتزام بعمل الى قسمين التزام بتحقيق غاية والتزام ببذل عناية ، والقسم الأول هو الالتزام بالعمل الذى يقصد به الى الوصول الى هدف معين ، وبدون الوصول اليه لا يكون الملتزم قد وفى بالتزامه . وذلك كالتزام أمين النقل بتوصيل الراكب سالما الى المكان الذى يريد ان يصل اليه . وكذلك كل التزام بامتناع عن عمل ، فالغاية متحققه طالما امتنع الملتزم عن العمل الممنوع من اتيانه فاذا قام به تخلفت النتيجة .

أما القسم الثانى فهو الالتزام ببذل عناية وهو الذى يلتزم بمقتضاه المدين ببذل قدر من العناية ، فاذا بذل هذا القدر كان موفيا بالتزامه ، ولو لم يتحقق المقصود من وراء هذا الالتزام . وذلك كالتزام المودع لديه بحفظ الشىء المودع ، والتزام الطبيب بعلاج مريض .

كان منتدبا للادارة بأجر فلا يجوز ان ينزل فى هذه الادارة عن عناية الرجل المعتاد •

فتشدد القانون لا يجد له مجـالا الا اذا كان الشريك يتقاضى عن الادارة أجرا •

فالعناية المطلوبة حينئذ هى عناية الرجل المعتاد • أما فى غير ذلك من الحـالات فلا يطلب من الشريك سوى العناية التى يبذلهافى تدبير شئونه ومصالحه الخاصة ، وقد تنـزل هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد ، كما قد تزيد أحيانا ، فاذا زادت فلا يجوز له ان ينزل عنها • ومع ان هذا النص قد جـاء خاصـا بالتزامات الشركاء فى ادارتهم للشركة الا أنى أرى أنه ليس النص الذى يطبق على التزام الشريك صاحب الحصة بالعمل فى قيامه باداء حصته ، فيخرج هذا الالتزام عن نطاق تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة ٥٢١ مدنى ، ولو كان موضوع هذه الحصة ادارة الشركة • حيث ان هذا النص يتكلم عن الالتزام بادارة الشركة اذا كانت بدون مقابل ، أى تطوعا من الشريك الذى يباشرها • وكذلك يدخل فى نطاقه ادارة الشركة التى تقابل بأجر • وهذا من شأنه ان يجعل مجاله فى خارج نطاق الحصص المقدمة من الشركاء • لان هذه الحصص يكون لهـا دائما ما يقابلها • هذا المقابل يتمثل فى النصيب من الارباح المتوقعة •

كما أنه يجوز ان يكون الشريك المـكلف بالادارة شريكا اسهم بحصص مـالية وليس بحصة عمل • اذا كان كذلك فهـذا الشريك يؤدى حصته المالية عند تكوين الشركة ، ثم هو يقوم بالعمل من بعد كعبء اضافى ارتضاه، ولكونه غير مقابل بحصة من الربح ، أو الاجر، تخفف المشرع فى قدر العناية المطلوبة ، فلم يلزمه بأكثر من عنايته الشخصية المعتادة فى أمواله الخاصة ، وان نقصت عن عنـاية الرجـل المعتاد •

أما اذا قوبل الالتزام بالقيام بأعمال الادارة بمقابل ، ارتفع القدر المطلوب من العناية الى الدرجة التى يبذلها عاديو الافراد ، ولا يجوز ان ينزل قدر العناية عنها بحال من الاحوال •

ويلاحظ ان المشرع قد واجه فرضا واحدا هو مقابلة الادارة بأجر يحصل عليه الشريك المنتدب لهـا ، وسكت عن فرض آخر غالبا ما يحدث هو مقابلة القيام بأعمـال الادارة بنصيب من الارباح ، ولو كان الذى يقـوم بالادارة شريكا له حصص مالية • ولـو ان القانون واجه هذا الفرض فى هذا النص لوجدت الفرصة لينطبق على حصة العمل ، اذا كان موضوعها ادارة الشركة ، وصار مقدمهـا مطالبا بعناية الرجل المعتاد •

ولعل المشرع المصرى كان متأثرا فى هـذا النص بقواعد الوكالة — اذ رأى فى الشريك المكلف بالادارة وكيلا — وهى قد تكون تبرعا كما قد تكون بأجر • وتختلف العناية المطلوبة يسرا وشدة حسب الاحوال •

لذلك نرى ان القواعد واجبة التطبيق على التزام الشريك بالعمل بتقـديم حصتـه فى شقها الاول (القيام بعمـل) هى القـواعد العامة فى الالتزامات بقيام بعمل التى أوردها نص المادة ٢١١ مدنى وعلى ذلك ، وطبقا لهذا النص تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد • وهى تعتبر معيارا موضوعيا يتفق فيه القانون مع الفقه لاسلامى •

٢٢٥ — والفقه الاسلامى فى هذا الصدد يتطلب دائما العناية المعتادة لـدى أواسط الناس • اذن فهنا تشدد فى قـدر العنـاية الواجب على الشريك بالعمل ان يبذله •

وقد علمنا من قبل ان الفقه الاسلامى لا يجيز للشريك أن يحصل على أجر فى مقابلة عمله فى أموال الشركة .

وقدر العناية المطلوبة فى رعاية شئون الشركة التى يكلف بها الشريك بالعمل ، قدر واحد موضوعى ، لا يختلف من شخص لآخر. وفى ذلك رعاية كبيرة لمصالح الشركة ، وحماية لها من نتائج العناية التافهة التى يكون الشخص قد اعتاد ان يبذلها فى أمواله الخاصة .

ويقرر فقهاء المذاهب الاسلامية الالتزام الاول فى مضمون حصة العمل ، وهو القيام بالعمل المتفق عليه ويحددون كيفية تنفيذه عن طريق تحديد العناية المطلوبة . فنجد الكاسانى يقول عن تصرفات الشريك بالعمل : « ان شراءه يقع على المعروف ، هو ان يكون بمثل قيمة المشترى أو بأقل من ذلك ، مما يتغابن الناس فى مثله ... »[1] .

ويقول البجيرمى من الشافعية بهذا الصدد: « ينبغى الا يبالغ فى الغبن ... بل يبيع بما تدل القرينة على ارتكابه عادة فى مثل ذلك»[2] .

ونكتفى بذكر هذين النصين اذ ان نفس المعنى يتردد صراحة أو ضمنا لدى جميع الفقهاء .[3]

ويتضح من هذين النصين ان تنفيذ التزام الشريك بالعمل بأداء حصته ، انما يجب ان يؤدى بالكيفية التى يؤدى بها الناس عادة مثل هذا العمل . وان يلتزم العناية المعتادة لديهم

(1) البدائع جـ ٦ ص ٨٧ . .
(2) جـ ٣ ص ١٦٨ .
(3) راجع المغنى جـ ٥ ص ٣٨ ، والمدونة جـ ١٢ ص ١٢٢ .

فلا يجوز أن تقل درجة عنايته عن المعتاد بين عاديى الناس .

٢٢٦ ــ أما الالتزام الثانى وهو الالتزام بالامتناع عن الحاق الضرر بالشركة الذى يلتزم به صاحب الحصة بالعمل وهو يقوم باداء حصته ــ وهو التزام بتحقيق نتيجة ــ فيكون تنفيذه بعدم قيام الشريك بأى عمل من شأنه ان يضر الشركة ، ويظل منفذا لهذا الالتزام ، ما بقى ممتنعا عن العمل الذى يسبب الضرر . فاذا قام بالعمل الممنوع عنه ، صار مخلا بالتزامه غير منفذ له . وقد عبر عن ذلك ابن عابدين بقوله : « ... وليس له ان يعمل بما فيه ضرر »[4] .

وهو نفس المعنى الذى صرح به الانصارى من الشافعية بقوله : « ولا يتصرف الا بالمصلحة[5] » . والتزام المصلحة فى التصرف يتضمن الاحتياط والابتعاد عن اتيان أى عمل فيه شبهة الضرر . وهكذا نجد نوعى الالتزام كما يفصلهما القانون ، قد قررهما فقهاء المذاهب الاسلامية من قبل ،وذلك فيما أوردناه من أقوالهم بصدد حصة العمل ومضمونها .

٢٢٧ ــ عناصر الفائدة التى تعود على الشركة من الحصة بالعمل :

اذا قام الشريك الذى قدم عمله حصة فى الشركة بالالتزامين اللذين تتضمنهما الحصة كان موفيا بحصته ، وتكون الشركة بمجرد ذلك قد انتفعت بها وتحققت لها الاستفادة منها ، دون نظر الى ضرورة ان تتحقق للشركة أرباح ، بل ولو على العكس لحقت بها خسارة ، ما دامت هذه الخسارة ليست ناتجة

(4) حاشيته على الدر جـ ٤ ص ٥٠٦ .
(5) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٨٤ .

عن فعل أو موقف صاحب الحصة بالعمل .
وتتبين ذلك فيما يلى : —

أولا — ان الشركة تتحقق لها الفائدة بمجرد تنفيذ الشريك بالعمل للالتزامين اللذين يتكون منهما مضمون الحصة بالعمل . فهذا الشريك يؤدى نشاطا لحساب الشركة ويبذل مجهوده لصالحها ، فان قام بذلك اعتبر انه قد أدى حصته التى تعهد بها . وليس عليه فيما وراء ذلك التزام آخر بموجبه يتعهد بأن يحقق أرباحا للشركة . فهو فى سعيه يتوخى العناية المطلوبة ، ويمتنع عن كل ما من شأنه ان يضر بالشركة . وعند ذلك يكون شأن هذا الشريك شأن غيره من الشركاء الذين أسهموا بأموالهم فى الشركة ، فبمجرد اداء هؤلاء الشركاء لحصصهم المالية يتم وفاؤهم بالتزاماتهم المتعلقة بتقديم الحصص .

وحصول الشركة على الحصص يؤدى الى استفادتها منها ، لانها تستغل هذه الحصص. وبالنسبة للحصة بالعمل تكون هذه الاستفادة متحققة بسعى الشريك الى تنفيذ الأعمال التى أوكلت اليه وتعتبر موضوعا لحصته .

ثانيا — اذا لم يكن بين الشركاء شريك أو أكثر يقدم عمله كحصة فى الشركة لتحملت الشركة بأعباء مالية تتمثل فى الاجور أو المرتبات التى كان عليها ان تؤديها لمن يقوم لها بالعمل موضوع الحصة المذكورة . فكأن الفائدة تتحقق أيضا فى رفع هذا العبء عن كاهل الشركة ، حيث أنها تلتزم به فى جميع الأحوال أى سواء ربحت أم خسرت .

هذا فضلا عن الاطمئنان الذى توفره الحصة بالعمل للشركة ، فتتمتع به وتستفيد منه ، وهو ما لا يتوفر اذا قام بالعمل أجراء نتيجة لحقهم فى الاستقالة فى جميع الأموال وفى أى الظروف . وهو مالا يجوز للشريك، الا بشروط وقيود معينة . كما ان الشريك — على عكس العامل — يحفزه دائما أمله الكبير فى الحصول على نصيبه من الارباح الى السعى الجاد لنجاح الشركة ، باعتباره صاحبا للمشروع ، وهذا ما يفتقد اذا قام بالعمل أجير .

واذا كان الفقه الاسلامى يجيز انسحاب الشريك بالعمل فى أى وقت — اذ ان الشركة عقد من العقود غير اللازمة — الا ان حق هذا الشريك فى فسخ عقد الشركة تحكمه القواعد العامة التى لا تجيز الاضرار ، فيكون للشركة الرجوع عليه بالتعويض اذا تسبب انسحابه من الشركة فى تحقق الضرر لها . وفى ذلك حماية للشركة من سوء النية الذى قد يشوب استعمال الشريك لحقه فى الفسخ .

على أنه يمكن وضع القيود المسبقة على هذا الحق ، ولنا فيما اشترطه بعض المذاهب من وجوب ان تكون أموال الشركة سائلة وان يعلم الشريك بالفسخ ، حتى يقع الفسخ وينتج آثاره ، ما يهدينا الى هذه القيود التى تضمن عدم سوء استعمال هذا الحق . فهذه المذاهب قد منعت حق الشريك فى الفسخ وعطلت استعماله اذا لم تكن أموال الشركة سائلة ، ولم يتوفر علم الشركاء بارادة أحدهم فى الفسخ . ولعل فى هذين الشرطين ما يوفر حماية كبيرة للشركة [1] .

ثالثا — ان حصة العمل ليست العنصر الوحيد الذى يتوقف عليه تحقيق الأرباح أو

---

(١) يشترط الحنفية والمالكية لوقوع الفسخ أن يكون المال سائلا ، ويشترط الحنفية فضلا عن ذلك علم الشركاء أصحاب حصص رأس المال وكذلك العكس اذا كان احد هؤلاء الشركاء هو الذى سيفسخ الشركة من جانبه . وسنبحث هذا الموضوع عند الكلام عن طريق انقضاء الشركة .

وقوع الخسارة • انما تجتمع عـدة عوامل ــ بعضها لا يمت الى فعل الانسـان أو ارادته بأية صلة ــ لتحقيق الربح أو احداث الخسارة• فارتفاع الأسعار المفاجىء وكذلك هبوطها من عوامل الكسب أ والخسـارة ، وهى عـوامل لا ارادية • كما أنه قد يحدث تلف كبير نتيجة لحادث من الحوادث سواء كان بفعل فاعـل ــ خطأ أو اهمالا ــ أو نتيجة لعوامل طبيعية كالرياح الحارة التى تهب أحيانـا وتسبب الحـرائق ، الى غـير ذلك من الأسـباب •

كما أن هناك عوامل ترجـع الى حسـن الادارة ودقـة التخطيط ، ودراسة أحـوال الاسواق ، ووفرة المـال الذى يهيىء أدوات أكثر كفاءة فى الانتاج ، وكلها عوامل تتضافر فيها جهود الشركة ككل تعمـل اذا حالفهـا التوفيق الى تحقيق الارباح •

وعلى ذلك فالشركة تتحقق لها الفائدة من تنفيذ الشريك صاحب الحصة بالعمل لالتزاماته بدقة وعناية ، وفقا للقواعد التى تحكم هـذه الالتزامات • وليس شرطا بعد ذلك ان تحقق الشركة أرباحا ، بل تستفيد الشركة من الحصة بالعمل ولو لحقت بها الخسائر • طالما لم يكن لهذا الشريك علاقة بالاسباب التى ترتب عليها تحقق الخسارة •

٢٢٨ ــ تقدير هذه الفائدة :

رأينا ان الحصة بالعمـل تؤدى للشركة فى مقابل نصيب من الارباح ، هذا النصيب يراعى فى تحديده ما يعود على الشركة من فائدة من وراء هذه الحصة •

ورأينا كيف ان تنفيذ هـذه الحصة يحقق للشركة الفائدة ، لان عمـلا ما كان يجب ان يؤدى من أجل تحقيق أهـداف الشركة • وكان عليها ان تتحمل فى مقابله بأعباء مالية هى أجور أو مرتبات واجبة الاداء ، سواء حققت الشركة ربحا أو منيت بخسارة • وقد رفع عن كاهل الشركة أعباء هذه المرتبات أو الاجور ، لان شخصا أو أكثر قبلوا ان يخاطروا بالمقـابل المحدد الثابت لعملهم فى سبيل الحصول على جزء من أرباح الشركة •

فالعمل الواجب أداؤه ، مضافا اليه الاعباء المالية التى كان على الشركة أن تتحملهـا فى مقابل حصولها على هذا العمل ، يمثلان الفائدة التى تعود على الشركة من الحصة بالعمل •

ومما لا شك فيه ان كل عمل يقابله أجـر ، وعلى قدر العمـل وكيفه تحـدد الاجـور والمرتبات فى أى ميدان من ميادين العمـل • ومما لاشك فيه ان الاجور يدخل فى تحديدها ــ من جانب أرباب الاعمال ــ مدى الفائدة المتوقعة من العمل • ولذلك توصف الأعمـال الصفات الواجب توافرها فيمن يختار للقيام بها ، كشرط أساسى لتحديد الأجر •

فالعمل يعود بفائدة ــ وذلك حسب الأصل ــ والصفات المشروطة فيمن يقوم بالعمـل ، تجعل أداءه لهذا العمل محققا للفائدة المنتظرة•

وعلى هذا اذا أمكن تقويم الأعمـال التى تقابلها أجور أو مرتبات ، فلا يجوز القول بأن الحصة بالعمل غير قابلة للتقويم بالنقـود • ذلك ان القواعد فى التقويم تكاد ان تتحـد فى الحالين ، وان كان يضاف اليها بالنسـبة لتقويم حصة العمل عنصر المخاطرة الذى يتحمله الشريك صاحب هذه الحصة ، بقبوله مقابلا لعمله قد لا يتحقق بدلا من الاجـر الثـابت البعيد عن مخاطر الاحتمـال • الا أن هـذا العنصر وان كان فى الظاهر يضيف جديدا فى أسس التقويم ، الا أنه فى الحقيقة ليس كذلك• حيث ان هذه المخاطرة من جانب هذا الشريك،

يقابلها فى جانب الشركة جزء من الفائدةيتمثل فى اعفائها من الأعباء المالية التى كان يجب ان تؤديها فى صورة أجور أو مرتبات فىمقابل هذا العمل ، فى جميع ظروفها وأحوالها •

وعلى ذلك يكون تقدير الفائدة ، محصورا فى العمل من ناحية ، والأعباء التى رفعت عن كاهل الشركة من ناحية أخرى •

اذا تحددت الفائدة بذلك ، تحدد المعيار الذى تقوم به حصة العمل ، وبالتالىنصيبهامن الأرباح •

ولعله بعد ذلك تكون الترجمة النقدية لهذا التقويم ممكنة ، وحقيقية فى نفس الوقت • فهى ممكنة ما دام تحديد الأجر عن أى عمل لا يبعد عن الامكان • والاجور فى حالتنا هى أحد عنصرى الفائدة التى تعود على الشركة، اذ هى تعفى منها • يضاف الى ذلك تحقيق العمل ذاته •

وحقيقية لأن تحويل الفائدة الى تقدير نقدى سيكون تعبيرا عن فائدة تقع فعلا للشركة ، فهو تعبير له أساس من الواقع •

على ان التقويم النقدى أو الترجمةالنقدية لما تفيده الشركة وبالتالى للحصة بالعمليمكن استنباطه دائما ــ فى الحالات التى لايصرح فيها به ــ عن طريق نسبة ربح هذه الحصة منسوبا الى ربح الحصص المالية • ولما كانت الحصص المالية معلومة القدر فسنصل بذلك الى القيمة النقدية للحصة بالعمل •

وبذلك ننتهى الى ان الحصة بالعمل قابلة للتقويم النقدى على عكس ما يقول به أغلب شراح القانون •

كما ننتهى الى القول بانتفاء السند لمنيقول من الشراح بعدم قابلية حصص العمللتقويم النقدى • وبذلك أيضا نجد أن الحصص بالعمل تجد السبيل الى تقويمها فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى •

ولعل هؤلاء الشراح فيما قالوه خاصا بامتناع الحصة بالعمل على التقويم قد نظروا الى ما قد يكتنف تقويم هذه الحصص من مغالاة البعض أو تحايلهم • ولكنا مع ذلك لا نسلم ان تؤدى هذه المصاعب الى نفىقابلية الحصص بالعمل للتقويم • لان هذه القابلية تتصل أساسا بطبيعة الحصة ، هذه الطبيعة لا تتعارض مع التقويم النقدى ، كما رأينا • فاذا طرأ على هذا الأصل طارىء ، وجب تخليصه منه ومن آثاره ، وليس القول بانتفاء الأصل ذاته •

كل ما هنالك ان تقويم هذه الحصص كان يحتاج الى ابراز معياره وتحديده تحديدا واضحا يزيل كل لبس أو غموض ثم يحتاج بعد ذلك الى وضع القواعد التى تمنع أى تلاعب بمعيار التقويم •

الفصل الرابع :

الشريك صاحب الحصة بالعمل

أمين - وكيل - شريك

٢٢٩ — يقتضى الكلام عن الحصة بالعمل ، الكلام عن مقدمها ، حيث تضفى هذه الحصة على صاحبها أوصافا معينة نتيجة لطبيعتها وخصائصها ، وتجعله فى وضع قد يختلف فى بعض جزئياته عن وضع الشركاء أصحاب حصص رأس المال •

ويتميز هذا الوضع وتبرز معالمه فى الفقه الاسلامى ، حيث يتكلم علماء المذاهب جميعا عما تضفيه الحصة بالعمل على مقدمها • فى حين ان القانون الوضعى وكذلك شراحه لم يتكلموا عن ذلك الا نادرا ، وبصدد الحقوق التى تترتب على الحصة بالعمل • ولعلهم اكتفوا بالقواعد العامة ، باعتبار ان صاحب العمل شريك كسائر الشركاء •

ولعل السبب فى ان مذاهب الفقه الاسلامى فصلت هذه الصفات لدى هذا الشريك أكثر من تفصيلها بالنسبة للشركاء فى شركات الاموال والوجوه والابدان ، وكذلك الشركاء أصحاب حصص رأس المال فى شركة المضاربة ، السبب فى ذلك ، ان غالبية هذه المذاهب ترى ضرورة ان تكون أموال الشركة (المضاربة) فى حوزة هذا الشريك ، وتحت تصرفه وحده دون غيره من الشركاء أصحاب حصص رأس المال • وهذا بعكس وضع هؤلاء الشركاء فى الشركات الاخرى •

٢٣٠ — فالشريك الذى يقدم عمله دائما أمين لان أموال الشركة تكون فى حوزته ، باذن من بقية الشركاء • كما ان صفة الوكيل التى يوصف بها هذا الشريك ، وان كانت صفة لجميع الشركاء فى سائر شركات الفقه الاسلامى ، الا أنه فى شركة المضاربة لا يكون وكيلا الا هذا الشريك • اذ يمتنع التصرف على الشركاء أصحاب حصص رأس المال ، ويظل حقا للشريك بالعمل وحده • وما دام التصرف قد حظر عليهم ، فلن يكونوا وكلاء عن غيرهم• انما الوكيل هو الشريك صاحب حصة العمل •

وهذه خصوصية تتميز بها شركة المضاربة عن الشركات الاخرى ، حيث انه فى هذه الشركات يكون كل شريك وكيلا وموكلا فى ذات الوقت • أما فى شركة المضاربة فيوجد نوعان من الشركاء ، الاول وكيل فقط وهو قاصر على أصحاب حصص العمل • والنوع الثانى من الشركاء موكل فقط ، ولا يتضمن الا أصحاب حصص رأس المال •

على ان صفة الامانة لا تزايل الشريك بمجرد التصرف ، لانه فى التصرف وكيل ، ويد الوكيل يد أمانة طالما هو فى حدود مهمته • وهى هنا محددة بأغراض الشركة •

أما ان صاحب حصة العمل شريك ، فهذه الصفة تتضح وتثبت عند تحقق الارباح ، حيث تتأكد شركته فيها • ولذلك نجد الفقه الاسلامى يصفه بأنه شريك فى الربح •

وهكذا نجد الفقه الاسلامى سباقا الى بيان الحقوق التى تترتب على حصص العمل، والى تكييف وضع الشركاء الذين يقدمون هذه الحصص • وهذه أمور لم تجد لها بعد الحل المستقر فى نطاق القانون ، حيث أنها مازالت

موضع خلاف وجدل بين شراح القانون ، فضلا عن قصور النصوص التى وردت بشأن الحصة بالعمل .

٢٣ ـ ونعرض فيما يلى لبعض أقوال فقهاء الاسلام ، نستبين منها موقف الفقه الاسلامى: فالكاسانى يقول : « اما الذى يرجع (من أحكام المضاربة الصحيحة) الى حال المضارب فى عقد المضاربة فهو ان رأس المال قبل ان يشترى المضارب شيئا أمانة فى يده بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة . فاذا اشترى به شيئا صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف فى مال الغير بأمره ... فاذا ظهر فى المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءا من المال المشروط بعمله »[١] .

ومن الشافعية يقول الانصارى مجملاالقول عن حالات الشريك صاحب الحصة بالعمل وهو يعرف شركة المضاربة بقوله انها « .. توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه والربح مشترك بينهما »[١] .

ومن المالكية يقول الدردير وهو يعرف شركة المضاربة أيضا : « القراض توكيل على تجر فى نقد ... مسلم بجزء من ربحه » . ويقول أيضا : « وجاز للعامل بيعه سلع التجارة بعرض لانه شريك »[١] . وصاحب كشاف القناع من الحنابلة يقول عن شركة المضاربة أنها « أمانة ووكالة لانه متصرف لغيره باذنه والمال تحت يده على وجه لا يختص بمنفعته،

لعله من هذه النصوص قد وضح تماما تكييف وضع صاحب حصة العمل فى الشركة التى يدخلها ، فهو باعتبار ان الفقه الاسلامى يحتم ان يكون مال الشركة فى حوزته لانه المتصرف فى أمورها فهو أمين على هذا المال، شأنه فى ذلك شأن المودع لديه . فاذا قام بالتصرف لحساب الشركة فهو وكيل عنها فى هذه التصرفات . ومع تحقيق الربح تتأكد صفته كشريك . ولعل فى النص الذى نقلناه عن الكاسانى حين قال أنه اذا « ظهر فى فان ربح العامل فى المال فشركة لاشتراكهما فى الربح »[٣] .

ومن الزيدية يقول ابن المرتضى : « وهى (شركة المضاربة) وكالة دائمة وبعد الدفع أمانه ... وبعد الربح شركة »[٤] .

المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح . ما يبرز رأى الحنفية من أن الشريك صاحب الحصة بالعمل يمتلك نصيبه فى الربح بمجرد ظهوره وقبل التوزيع ولذلك فهو يصير بمقدار هذا النصيب قبل ان يوزع عليه شريكا فى مال الشركة بهذا القدر من الربح .

٢٣٢ ـ وحصة العمل اذا أضفت بخصائصها هذا التكييف على الشريك الذى يقدمها ، فان معنى ذلك انه يخضع لاحكام مختلفة وفقا لكل صفة أو حالة ، أو بمعنى آخر وفقا لكل عنصر من عناصر هذا التكييف . ويعبر عن ذلك السرخسى بقوله : « ولهذا العقد أحكام شتى من عقود مختلفة فانه اذا أسلم رأس المال للمضارب فهو أمين فيه كالمودع ، واذا تصرف

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٧ .
(٢) شرح المنهج بهامش حاشية البجيرمى ج ٣ ص ١٦٢ .
(٣) الشرح الكبير بهامش حاشية ج ٢ ص ٤٥٤ و ٤٦٠ .
(٤) ج ٢ ص ٢٦٠ .
(٥) البحر الزخار ج ٤ ص ٧٩ .

فيه وكيل فى ذلك يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل ، فاذا حصل ربح كان مباحث شريكه فى الربح ... [٥] .

ونخصص مباحث ثلاثة نبحث فيها العناصر الثلاث للتكييف الفقهى لوضع صاحب حصة العمل فى الشركة .

المبحث الاول

صاحب الحصة بالعمل أمين

٢٣٣ ـ الامين وصف يطلق على أحد أطراف عقود الامانة كالمودع لديه ، والمستعير . فالمال المودع أو المعار يكون فى أيديهما أمانة، أى غير مضمون عليها لان تسلمهما المال المودع أو المعار هو باذن ورضا رب هذا المال ، وذلك ما لم يهلك بتعد أو باهمال منهما . ويقابل عقود الامانة عقود الضمان ، وضابط التمييز بينهما المعاوضة ، ففكرة الضمان فى العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلا . وحينئذ يكون العقد عقد ضمان فى الناحية التى تتعلق بها المعاوضة ، ويكون القابض ضامنا فى هذه الناحية . أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة وتنفيذه بالتسليم يجعل القابض أمينا على المال المقبوض [١].

ويعلل الكاسانى اعتبار الشريك صاحب الحصة بالعمل أمينا بقوله : « ... لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة »[٢] فلا معاوضة فى قبض هذا الشريك لرأس مال الشركة ، وجعله فى حوزته لامكان التصرف لحساب الشركة . فلا يقابل هذا القبض مقابل يتحمل به هذا الشريك . ولا استيثاق فى هذا القبض لانه لم يكن مقبوضا على صفة الرهن . ولهذا كانت حيازته للمال على وجه الامانة . فيخضع الشريك صاحب هذه الحصة لاحكام عقود الامانة .

٢٣٤ ـ ومن أحكامها ان لا ضمان على هذا الشريك اذا تلف المال بدون تعد منه أو تفريط. وهذه قاعدة تتفق عليها كلمة فقهاء المذاهب[٣] . فاذا وقع منه تعد أو فرط فى تصرفاته فى رأس مال الشركة صار ضامنا له . لانه تسبب فى تلف المال . ولذلك لا يمكن ابقاؤه على صفة الامانة ، لان هذه الصفة لا تزايله طالما هو فى حدود المهمة التى حاز المال من أجلها . وهو لم يحز هذا المال من أجل ان يفرط فى ادارته أو يضر به عن عمد .

وفى هذا الصدد يعتبر هذا الشريك ـ باعتباره امينا ـ صادقا فيما يدعيه من تلف المال دون تعد منه أو تفريط ، وكذلك اذا ادعى انه قد رده الى الشركة . وذلك تطبيقا لقاعدة « ان الامين فيما يدعى من الرد مقبول القول فى براءة نفسه عن الضمان » [٤] .

وتطبيقا لهذه القاعدة أيضا أنه اذا تعدد الشركاء أصحاب الحصص بالعمل وكان مال الشركة فى أيديهم وادعى أحدهم ان ما كان فى حوزته قد هلك دون تعد منه أو اهمال ، صدق فيما يدعيه بالنسبة لما كان فى حوزته من مال الشركة . وعن ذلك يقول السرخسى : « واذا دفع الى رجلين مالا مضاربة فمات أحدهما

---

(١) المبسوط جـ ٢٢ ص ١٩ .
(٢) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهى العام جـ ١ بند ٢/٣٠٣ .
(٣) البدائع جـ ٦ ص ٨٧ .

(٤) أنظر ما سبق بند ١٩٧ .
(٥) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ١٠٧

وقال الآخر هلك المال صدق فى نصيبه لكونه أمينا فيه » [٥] .

وكذلك وتطبيقا لصفة الامانة ، اذا أنكر صاحب حصة العمل ما لديه من أموال الشركة، يصير بهذا الانكار ضامنا لما لديه من أموال، ولو عدل عن انكاره بعد ذلك . ويقول السرخسى انه ان « ... جحد المضارب المضاربة فى صحة أو مرض ثم أقر بها فهى دين فى ماله،لان الاقرار بعد الانكار صحيح، ولكن الامين بالجحود يصير ضامنا فاقراره ، بعد ذلك كالاقرار بالدين » [٦]. فاقرار هذا الشريك بعد الانكار لا يعيده الى ما كان عليه من صفة الامانة . وهو حكم يتفق مع ما تقتضيه هذه الصفة ، والثقة التى يوليها الناس له . وهو يتضمن ما يمكن اعتباره عقوبة على انكاره ، اذ يبقى على الضمان بعد اقراره حتى يرد ما فى حوزته من أموال . فأقراره بأموال شركة المضاربة بعد انكاره يعتبر كأنه أقر بدين فى ذمته ، وليس بمال تسلمه على صفة الامانة ، ولذلك يظل فى ضمانه .

٢٣٥ — ونكتفى بهذه القواعد التى تحكم الامين فى تصرفاته ، ففيها ما يبرز وضع صاحب الحصة بالعمل كأمين على أموال الشركة .

وهذه القواعد مسلمة فى جميع مذاهب الفقه الاسلامى ، ولذلك اكتفيت بذكر ما جاء بصددها فى المذهب الحنفى . ولم يخالف سوى الحنابلة وبعض الشافعية فى قاعدة تصديق الشريك بالعمل فى دعوى رده أموال الشركة . اذ جعلوا القول لرب المال حيث انه ينكر استرداده ، وتبعا لذلك يكون القول هو قول المنكر . ويقررون أيضا ان صاحب حصة العمل قبض المال لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال . وهذا كلام لا نسلم به ، اذ ان هذا الشريك قبض المال باذن ورضا أصحاب حصص رأس المال لنفع مشترك ، بل يمكن القول ان القبض كان فيه نفع أصحاب رأس المال أظهر، لان هذا الشريك سيقدم عمله الذى بهيستثمر رأس المال ، فى حين ان رب المال يقدم المال فقط[١] .

هذا ما يقرره الفقه الاسلامى ، اما القانون الوضعى وكذلك شراحه فلا يذكرون شيئا فى خصوصية الشريك بالعمل باعتباره أمينا ، ولكن القواعد العامة تطبق عليه اذا وجدت فى حوزته أموال الشركة . وهىلاتوجد لديه الا لأغراض الادارة ، فيجب عليه حينئذ المحافظة عليها حتى تصرف فى الاوجه المخصصة لها ، أو ترد الى الشركة . وهو فى ذلك يطالب ببذل العناية التى يبذلها الرجل المعتاد ، فلا يجوز ان ينزل عن هذا القدر من العناية والا اعتبر متخلفا عن أداء حصته . وقد سبق ان رأينا ان الفقرة الثانية من المادة ٥٢١ مدنى الخاصة بانتداب أحد الشركاء والتى تحدد قدر العناية المطلوبة ، لا تنطبق على الشريك صاحب الحصة بالعمل فى ادارته للشركة ، لان هذه الادارة تكون حصته فى الشركة ، ولذلك تنطبق عليه القاعدة التى تحكم الالتزامات بالقيام بعمل ، والالتزام بالامتناع عن عمل .

ولا يسأل الا عن الاهمال أو التعدى ،

---

(١) المرجع السابق ص ١٤٤ .
(٢) المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٣) يراجع فى كل ذلك التاج والاكليل بهامش المواهب ج ٥ ص ٣٧٠ ، المنتقى ج ٥ ص ١٧٩ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٧ ، المغنى ج ٥ ص ٦٩ — ٧٠ .

حتى ولو لم يكن مديرا ، انما يؤدى حصته فى عمل من أعمال الشركة فنيا كان أو ماليا . فانه يكون أمينا فيما يكون فى حوزته أو فيما يقع تحت اشرافه من رأس مال الشركة أو سلعها وموجوداتها . فلو تلف المال مع توخيه الحيطة والحرص المطلوبين فلا مسئولية عليه، وهذا هو معنى كونه أمينا .

المبحث الثانى
صاحب الحصة بالعمل وكيل

٢٣٦ — لما كان الفقه الاسلامى يجعل التصرف فى شركة المضاربة للشريك الذى يقدم عمله ، بل هو يمنع أصحاب حصص رأس المال من المشاركة فى الادارة والتصرف[٢] . كان هذا الشريك دائما وكيلا عن بقية الشركاء الذين قدموا حصص رأس المال . وهذا على عكس الوضع فى القانون حيث لا يكون صاحب حصة العمل وكيلا الا اذا نيط به عمل من أعمال الادارة ، أو كان هو المكلف بالادارة فى الشركة وحدة أو مع غيره من الشركاء . والوكالة هنا تخضع للقواعد العامة فى النيابة فى التصرفات اذ لم يرد نص خاص بشأن وكالة المديرين ، وان كانت محكومة دائما بأغراض الشركة .

ولما كان هذا الشريك وكيلا فان أحكام الوكالة كما قلنا — من حيث الأصل — تسرى عليه الا أنه يختلف عن الوكيل العادى فى بعض الأمور وذلك فى كل من الفقه الاسلامى والقانون .ولذلك عبر علماء الفقه الاسلامى بأن الشريك صاحب الحصة بالعمل ليس وكيلا من كل وجه[١] .

ولكى نتبين حدود هذه الوكالة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى . نعرض لبعض الحالات التى يختلف فيها هذا الشريك عن الوكيل فى الفقه الاسلامى . وهى التى ترسم الحدود لحقه فى التصرف . ونتخذ ما جاء فى المذهب الحنفى أساسا لهذا العرض. وذلك بسبب التفصيل الواضح الذى جاء فى أقوال علماء هذا المذهب ، ونشير من بعد الى ما تراه بقية المذاهب اتفاقا أو خلافا للمذهب الحنفى . وبعد ذلك نبحث حدود هذه الوكالة فى القانون الوضعى .

المطلب الأول
حدود وكالة الشريك بالعمل فى الفقه الاسلامى
الفرع الأول
فى المذهب الحنفى

٢٣٧ — يقول السرخسى : « أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل ، وقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وهو بعد ما صار المال عروضا ، وقد يكون نائبا محضا فى بعض الأحوال »[٣] .

فصاحب الحصة بالعمل وان كان وكيلا فى التصرف، عن الشركة الا أنه باعتباره شريكا ، تتسع دائرة اختصاصاته فى التصرف.فلا يقف عند مركز الوكيل العادى ، حتى أنه لا يجوز نهيه عن التصرف اذا كان قد بدأ النشاط المتفق عليه لتحقيق أغراض الشركة . فيكون من حقه مثلا أن يبيع ما سبق أن اشتراه للشركة ، ولا يصح منعه عن هذا البيع . وهذا ما لا يكون مع الوكلاء حيث لا حق لهم على أموال موكليهم . بعكس صاحب حصة العمل

(١) لم يخالف فى ذلك الا الحنابلة والامامية.
(٢) راجع البجيرمى ج ٣ ص ١٦٨ .
(٣) المبسوط ج ٢٢ ص ٥٨ .

فله على أموال الشركة حقوق تتمثل فى نصيبه المحتمل من الربح .

وترتيبا على ذلك أجيز تصرف هذا الشريك مع أبنائه وآبائه ، والتعامل معهم من حيث الأصل يكون محل ريبة ، ولكن باعتبار صاحب حصة العمل شريكا أجيز له أن يتعامل معهم بمثل القيمة دون الغبن ولو يسيرا . فشبهه المحاباة تنتفى هنا من حيث النظر الى هـذا الشريك كأصيل فى التصرف وليس وكيلا ، فهو صاحب الحق فى التصرفات لحساب الشركة . وهو ما يعبر عنه بالاستبداد فى التصرف ، أى الاستقلال به . فيقول السرخسى : « فلشبهة بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ، ولشبهه بالنائب قلنا لا يجـوز تصرفه معهم بغبن يسير . فأما الوكيل فنائب محض وهو نائب فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة »[٣] .

٢٣٨ ــ الحق فى مشاركة الغير وخلط المـال والمضـاربة :

هذه تصرفات ينتج الحق فيهـا عن صفة صاحب حصة العمل كشريك ، فهو ليس مجرد وكيل . اذ أن له حقا يسعى الى الحصـول عليه من وراء دخوله الشركة ، ثم من وراء تصرفاته لحساب الشركة . لذلك جاز له أن يعقـد شركة أخرى بأموال الشركة الأولى ، ولـه كذلك أن يخلط أموال الشركة بأموالـه الخاصة أو بمال الغير ليعمل فى الجميع ، وهذا كله لا يخوله الوكيل العادى بموجب عقـد الوكالة حيث لا حق له على أموال الموكل . وعن ذلك يقول السرخسى : « لأنه قال اعمل برأيك فله أن يخلطه بماله وأن يدفعه الى غيره مضاربة . وهذا بخلا فالوكيل اذا قـال له الموكل اعمل برأيك فوكل غيره وقال للثـانى اعمل برأيك لم يصح هذا منه ، حتى لا يكون للثانى أن يوكل غيره لأن الوكيل نائب محض لا حق له فى المـال ، فليس للأول أن يسوى غيره بنفسه فى تفويض الأمر الى رأيه على العموم ، بل هو نائب عن الموكل فى توكيل الثانى به . فأما المضارب فله فى المـال نوع حق من حيث أنه شريك فى الربح فيكون له أن يفوض الأمر الى رأى غيره على العموم فيما يعامله من عقد المضاربة »[١] .

ويظهر هذا النص فرقا جوهريا بين الشريك بالعمل والوكيل العادىهو مدىحق كل منهما فى انابة غيره . فبينما يكون ذلك مطلقا للشريك بالعمل اذا قيل له اعمل برأيك ، حتى أنه يملك أن يعطى مال الشركة لآخر يتجر فيه ، لا يملك الوكيل العادى أن يوكل غيره مع تفويض الأمر للوكيل الثـانى .

ولعل فى تعبير «أن يشارك فى أموال الشركة» على الرغم مما فيه من بسـاطة كانت تتفق وطبيعة المعاملات التى كانت سائدة منذ أكثر من ألف سنة . الا أنه يعطينا جذور فكرة حديثة ظهرت متـأخرة هى : دخول الشركة شريكة فى شركة أخرى ــ شأنها فى ذلك شأن الأشـخاص الطبيعيين ــ وكذلك فكرة تكوين الشركة لشركة أخرى جديدة ، وتسمى الشركة الأولى فى هذه الحالة الشركة الأم ، والثـانية تسمى الشركة الوليدة . وقد سبق أن رأينا كيف أن فكرة خلط أموال الشركة بأموال الغير تعطينا الأصـل لفكرة زيادة رأس المـال فى الشركات الحديثة .

---

(١) المرجع السـابق .

(٢) المرجع السابق ص ١٠٢ .

٢٣٩ — الحق فى الرجوع على أصحاب الحصص المالية عند ضياع مال الشركة (بعد الشراء وقبل دفع الثمن الى البائع)

وهو الفرض الذى يعقد فيه صاحب الحصة بالعمل صفقة مع الغير لحساب الشركة ، فيشترى بأموالها سلعا ، ثم يحدث أن تضيع أموال الشركة فلا يجد ما يوفى به ثمن السلع المشتراه .

فى هذه الحالة يكون لصاحب الحصة بالعمل أن يرجع بمثل ما ضاع على أصحاب حصص رأس المال ليستوفى منهم الثمن ويوفيه الى البائع . «لأن رأس المال كان أمانة فى يده بعد الشراء كما قبله ، فهلك من مال رب المال ولم يبطل الشراء ...» [١] ويكون له أن يرجع أكثر من مرة كلما تكرر الضياع ما دام ما حدث كان بدون تعد منه أو تفريط حتى يتم سداد الثمن .

« ألا ترى أن عند حصول الربح يحصل جميع رأس المال وهو ما قبضه فى المرات كلها ورأس المال يكون أمانة فى يد المضارب فلهذا يرجع مرة بعد أخرى حتى يصل الثمن الى البائع . بخلاف الوكيل فانه اذا رجع بالثمن على الموكل مرة بعد البيع لم يرجع مرة أخرى لأن بالشراء يجب الثمن للبائع على الوكيل ، وللوكيل على الموكل . فيصير الوكيل بالقبض من الموكل مقتضيا دين نفسه فيكون المقبوض مضمونا عليه وهنا قبض المضارب لا يكون اقتضاء لدين وجب له ، كيف يكون كذلك والمقبوض رأس مال المضاربة وهو فى قبض رأس مال المضربة عامل لرب المال » [٢] .

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ٢٢ ص ١٦٨ .
(٢) المرجع السابق ص ١٦٩ .

يوضع هذا النص تكييف وضع الشريك صاحب الحصة بالعمل فيما يتصل بحيازته لأموال الشركة ، وهو لذلك كلما قبض مبلغا زائدا عن قدر رأس المال الأصلى انما يضاف القدر الزائد الى الأصل ، وهنا يختلف عن وضع الوكيل الذى اذا قبض الثمن للمرة الثانية بعد الشراء صار قبضه قبض استيفاء ووفاء فلا يستطيع الرجوع بالثمن مرة أخرى .

لعل فيما سبق ما يحدد نطاق الوكالة التى تتضمنها شركة المضاربة ويقوم بها الشريك صاحب الحصة بالعمل ، ويبرز معالمها وخصائصها بحيث تكون عنصرا من عناصر تكييف وضع هذا الشريك . وهو فى وكالته عن الشركة انما يكون وكيلا من نوع خاص يتفق وطبيعة عقد الشركة ويتمشى مع طبيعة أعمال الادارة والتصرفات الخاصة بها .

بعد ذلك نعرض لما تراه المذاهب الاسلامية الأخرى استيضاحا لموقفها .

الفرع الثانى
فى المذاهب الأخرى

٢٤٠ — بالنسبة لحق صاحب الحصة بالعمل فى خلط المال والمشاركة به ودفعه الى الغير مضاربة ، اذا فوض الأمر له تفويضا عاما أو صدر له بالتصرف اذن خاص نجد المالكية والحنابلة وكذلك الزيدية يتفقون فى الجملة مع الحنفية . ولم يخالفهم الا الشافعية فلا يجيزون الخلط ، وفى أصح الرأيين عندهم ليس له أن يضارب بأموال الشركة ولا أن يشارك بها ولو صدر بذلك اذن خاص [٣] .

---

(٣) يراجع حاشية الدسوقى والشرح الكبير ج ٣ ص ٤٦٢ ، المغنى ج ٥ ص ٤٥ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٧ و ١٧٢ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٨٣ .

٢٤١ — **وبالنسبة للحق فى الرجوع على رب المـال بما يضيع من أموال الشركة بعد الشراء وقبل دفعه للبائع**، فالظاهر أن **الشافعية لهم** موقف خـاص يخالف موقف الحنفية فيقول الأنصارى : « ••• ووجه منع الشراء نسيئة أنه كما قال الرافعى قـد يتلف رأس المـال فتبقى العهدة متعلقة بالمـالك [1] • ومع هذا يورد الشيرازى رأيين فى المذهب بالنسبة لثمن السلع المشتراه كما ينتهى الأمر بانحلال الشركة فى هذه الحالة، فيقول : « ••• ثم تلف المـال قبل أن ينقده •• انفسخ القراض لأنه تلف رأس المـال بعينه ، وفى الثمن قولان أحدهما أنه على رب المـال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه ••• والثانى على العامل لأن رب المـال لم يأذن له فى التجارة الا فى رأس المـال فلم يلزمه ما زاد » [2] •

أما **المـالكية** فيجعلون خيارا لرب المـال ان شاء أدى بدل ما تلف ، وأن شاء أبى ، فقد جاء فى المدونة : « قلت أرأيت أن أخذت مالا قراضا على أن أعمل به ••• فاشتريت سلعة فجئت لأنقد البائع فوجدت المـال قد ضاع • قال : يقال لرب المـال أن أحببت فادفع الثمن وتكون السلعة قراضا على حالها وان أبى لزم المقارض اذن ثمنها وكانت له ••• قلت فان نقد رب المـال فى ثمن السلعة كم يكون رأس ماله ••• قال لا يكون رأس ماله عند مالك الا المـال الآخر الذى نقد رب المـال فى ثمن السلعة هو رأس ماله فقط » [3] •

والحنابلة يتفقون مع الحنفية فى الزام رب المـال يدفع بدل لمـا ضاع ، لكنهم لا يجعلون رأس مال المضاربة الا الثمن الذى وصل الى البائع دون ما سبق أن هلك • فيقول ابن قدامة عن ذلك : « فالشراء للمضاربة وعقدها باق ، ويلزم رب المـال الثمن ويصير رأس مـاله الثمن دون التالف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه ••• ولنا أن التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المـال كما لو تلف قبـل الشراء » [4] •

الفرع الثالث
مناقشة هـذه الآراء
وتقدير موقف المذهب الحنفى

٢٤٢ — يتضح من الأقوال التى سبق عرضها أن الشافعية على رأيين ، الأول يحمل صاحب رأس المـال بدل الثمن الضائع ، والثـانى لا يلزمه بذلك بل يلزم به العامل ، وفى هذه الحال تكون السلعة المشتراه لحساب العامل• وفى الحـالين تنفسخ الشركة • ويؤسـسون انتهاء الشركة على هلاك رأس المـال •

أما عن فسخ الشركة فانه مع التسليم بأن رأس المـال قد هلك بعينه الا أن هلاكه جاء بعد أن تعلق به حق للغير ، لأن تصرفا قد انعقد وان كان لم ينفذ من جانب الشركة بعد • وبذلك يكون للشركة بديل لرأس المـال هو السلعة المشتراة ، التى عقد صاحب الحصة بالعمل صفقتها • فيصير للشركة مال موجود يمكن التعامل فيه ، فكأن محل عقد الشركة لم يهلك، بل أنه انتقل من رأس المـال الى السـلع المشتراه • لذلك نرى عـدم التسليم بالقول بفسخ الشركة •

---

(١) راجع شرح المنهج بهامش البجيرمى ج ٣ ص ١٦٨ •
(٢) المهذب ج ١ ص ٣٩٢ •
(٣) ج ١٢ ص ١٠٢ ، ويوجـد فى المذهب تقييد لهذا القول بان ذلك مشروط بعلم البائع بأنه يشترى للمضاربة أم لا • على أن هـذا القيد موضع خلاف • راجع حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٦٥ •

(٤) المغنى ج ٥ ص ٦١ •

أما بالنسبة للرأى القائل بالزام العامل بالثمن ، فأرى فيه نوعا من نقل الضمان من الحصص المالية الى الشريك صاحب حصة العمل فى حين أن التلف لم يكن له دخل فيه • وهذا ما يتنافى ومقتضى عقد شركة المضاربة ، وهو ما لا خلاف فيه بين المذاهب •

ولا يرد على ذلك بأن السلعة المشتراه ستكون له ، فلا يكون قد خسر شيئا انما الخاسر هو صاحب حصة رأس المال • ومع أن ذلك هو الواقع ، الا أن صاحب الحصة بالعمل قد دخل الشركة ، وعقد الصفقة لحسابها ولم يكن فى حسبانه أن يتحمل بالثمن لمجرد ضياعه دون أى سبب من جانبه ، ولعله فى ذلك يتحمل ولا يطيق •

ومن ناحية أخرى لعل يكون فى السلعة المشتراة ربح وفير يعوض التلف ، فكأننا بذلك نحرم رب المال من تعويض الخسارة التى حلت به من جراء ضياع المال • وهو يتحمل نتيجة ذلك عند من يرى الزام العامل بدفع الثمن ، اذ أن المال التالف قد هلك على صاحبه فهو أمانة هلكت دون تعد أو تفريط فيتحمل تبعتها • كما أنه يتحمل أيضا هذه الخسارة عند من يرى الزامه هو بدفع الثمن اذ أن السلعة فى هذه الحال سيكون ثمنها مضاعفا ، وقد يؤدى فسخ الشركة الى عدم اتاحة الفرصة له لتعويض خسارته ، لأنه قد قد لا يكون فى استطاعته الاستمرار وحده فى أعمال التجارة •

٢٤٣ — ويقرب موقف المالكية من الشافعية لأنهم وان لم يصرحوا بفسخ شركة القراض الا أن المفهوم من قولهم أن رأس المال يستقر فى الثمن المدفوع ثانية دون الذى هلك من قبل ، ان قراضا جديدا قد نشأ بالرغم من القول بأن السلعة تكون قراضا على حالها • اذ أن مقتضى ذلك القول أن يكون رأس المال هو كل ما أداه الشركاء أصحاب رأس المال •

ولكنهم لا يسايرون مقتضى قولهم • ولعل المراد من بقاء السلعة قراضا على حالها ، ان الشروط التى كان متفقا عليها تستمر دون تغيير بعد الاستمرار فى القراض •

وقد حاول المالكية بما يجعلونه لرب المال من خيار تنبيها له بأن رأس المال سيحدد فقط بما يقدمه ثانيا دون ما هلك • الا أن ذلك يتضمن اجحافا به لما فيه من تفويت لفرص تعويض هذه الخسارة من الأرباح التى قد تحدث مستقبلا •

ويصدق بالنسبة لما قالوه عن هلاك رأس المال الأول وتحمل المضارب بثمن السلعة اذا أبى رب المال أن يدفع الثمن ، ما سبق أن قلناه من ملاحظات على رأى الشافعية •

٢٤٤ — أما الحنابلة فبالرغم من تصريحاتهم بأن الشركة باقية وعقدها باق ، وبرغم الزامهم رب المال بدفع الثمن بدلا لما ضاع • الا أنهم يستبعدون من رأس مال الشركة ماتلف قبل نقده ثمنا للسلع المشتراه • وكان مقتضى تصريحهم — فيما أرى — ببقاء الشركة بالزام رب المال بدفع بدل للهالك ، أن يكون رأس المال هو القدر الكامل الذى أداه رب المال • والا فما معنى بقاء عقد الشركة ؟ وما فائدة بقائه ؟

أما الاستناد الى القول بأن المال هلك قبل التصرف فيه وصولا لاستبعاد هذا الهالك من رأس المال ، فانه يرد عليه ما سبق أن قلته بالنسبة لرأى الشافعية وهو أن المال الهالك قد تعلق به حق للغير وأن لم يسلم اليه ، لأنه فى واقع الأمر قد انعقد الشراء به لكن حال هلاكه دون أدائه للبائع • كذلك لا يجوز تشبيه هلاك المال قبل نقده الى البائع بالحالة التى

يتلف فيها المـال قبل الشراء أصلا لاختلاف الحالين ، ففى الحالة الأولى يتخلف للشركة رغم هلاك المـال سلعا تمتلكها بموجب العقد الذى بيعت به اليها ، ولا يبقى لخلوص هـذا الملك سوى أن يدفع مالا بدلا لمـا ضاع . وهو ما لا يتوفر للشركة اذا هلك مالها قبـل الشراء به أصلا .

٢٤٥ ـ تقدير موقف المذهب الحنفى :

بعـد الملاحظات التى أبديتهـا على موقف المذاهب الثـلاثة ـ المـالكية والشـافعية والحنابلة ـ والتى تعتبر فى ذات الوقت تقديرا لمـا يراه الحنفيـة ، الا أننى أضيف الآتى

أن موقف الحنفية هو الذى يحمل رأس المـال آثار الوضيعة ، ثم ينقل عبئهـا الى الربح فى حالة تحققه بعد ذلك .

كما أنه يتفق مع المسئوليـة المطلقة التى يتحملهـا أصحاب حصـص رأس المـال فى الشركات ، حيث أن الفقه الاسلامى ـ بجميع مذاهبه ـ لم يلزم صاحب الحصـة بالعمل بشىء من الخسارة طالمـا أنها كانت بسبب لا يد له فيه .

هذا الرأى الذى يراه المذهب الحنفى يحقق أيضا مصلحة لأصحاب حصص رأس المـال حيث أنه لم يفسخ الشركة ولو جزئيا بمقدار المـال الذى هلك . وهذا يتلاءم مع مصالح هؤلاء الشركاء ، فالثمن الذى هلك ، يهلك على صفة الأمانة فيتحمل صاحبه تبعة هذا الهلاك. فاذا هو دفع غيره كان من باب الترفق به أن يجعل جميع ما دفعه رأس مال لكى يمكن جبره من الربح الذى قد يتحقق مستقبلا .

٢٤٦ ـ هذا عن موقف الفقه الاسلامى بالنسبة لصاحب الحصة بالعمل من حيث تكييف وضـعه كوكيل عن الشركة . وهو تفصيل له قيمته كما أن له فائدته . ولذلك لا يمكن القول أن هذا التفصيل من الأفضل أن يترك للاتفاق، ولا شأن للتنظيم الفقهى به ، لأنه ليس تفصيلا ثانويا . انما هو ارساء لقواعد يتم فى حدودها تعامل من نوع معين ، وترسم السمة الحقيقية وتوضح الصورة الكاملة لنوع من الحصص لا يزال بعض شراح القانون الوضعى يقررون أن القانون ينظر اليها نظرة ارتياب (١) .

فاذا كان الفقه الاسلامى يحدد الاطـار العـام لحصة العمل فانما يقدم فائدة كبيرة سواء للمتعاملين أو للمعاملات ذاتها . حيث تدور الاتفاقات الخاصة فى دائرة هذا الاطار، فتحسم الخلافات ويرتفع كل نزاع ، وبذلك وحده يستقر التعامل .

المطلب الثـانى

حدود وكالة صاحب الحصة بالعمل فى القانون الوضـعى

٢٤٧ ـ لم يجعل القانون الوضعى صاحب الحصة بالعمل وكيلا ـ كما سبق القول ـ الا اذا كلف بادارة الشركة والاشراف على أمورها . فهو ليس صاحب الحق فى التصرف والادارة كما هو وضعه الذى ارتضاه له الفقه الاسلامى . مع أن القانون يتطلب أن يكون العمل الملتزم بتقـديمه كحصـة فى الشركة ذا أهمية خاصة ، ولا يجعل للعمل العادى أو التافه قيمة تصل به الى درجة هذه الحصة .

وعلى هذا فالاتفاق هو الذى يحدد من له من الشركاء الحق فى ادارة الشركة.مع ملاحظة

---

(١) اسكارا بند ٥٢٣ .

أنه فى شركات التوصية يمتنع على الشركاء الموصين التدخل فى أعمال الادارة الخارجية •

فاذا كان الشريك المتضامن هو صاحب الحصة بالعمل كان له وحده حق الادارة • وفى الأحوال التى يكون فيها الشريك صاحب حصة العمل مديرا للشركة فهو عندئذ وكيل عنها •

فتطبق عليه القواعد العامة فى الوكالة [1]. ولا توجد فى القانون أو فى أقوال شراحه قواعد خاصة بوكالة هذا الشريك وتحديد نطاقها ، توسعا أو تضييقا • على أن للشركاء تحديد هذا النطاق اتفاقا فيما بينهم • وأيا ما كان الأمر فان حدود اختصاصه مرتبطة دائما بأغراض الشركة•ويعين العقد التأسيسى للشركة حدود وكالة المدير وقدر سعتها [2] • فيحدد التصرفات التى يستطيع أن يجريها بارادته وحده والتصرفات التى يتعين عليه بشأنها الحصول على موافقة الشركاء ، والتصرفات التى لا يجوز له اجراؤها أصلا •

كما أنه اذا لم يحدد عقد الشركة طريقة الادارة ومن هو الشريك أو الشركاء الذين انتدبوا للقيام بها ، اعتبر كل شريك مفوضا من الآخرين فى ادارة الشركة ، ويكون له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع الى غيره من الشركاء • ولا يكون للشركاء الآخرين بصدد هذه الأعمال الا حق الاعتراض قبل أن يتم العمل المعترض عليه ، ولأغلبية الشركاء الحق فى رفض أى اعتراض •

٢٤٨ ــ وفى هذه الحال يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل شأنه كشأن أى شريك آخر وكيلا عن الشركاء فى الادارة كما يكون فى نفس الوقت موكلا لهم ، فهى وكالة تبادلية فى الادارة • وهذه الوكالة ليست مطلقة بل هى مقيدة دائما بالغرض الذى قامت من أجله الشركة ، فتحدد بحدوده بحيث لا يجوز الخروج عن نطاق هذه الحدود •

ومن ناحية أخرى اذا تم عمل لحساب الشركة بالرغم من الاعتراض عليه الذى لم يلحقه رفض بقية الشركاء له ، كان هذا العمل باطلا بالنسبة للشركة فيخرج عن حدود مسئوليتها ، ويترتب على ذلك مسئولية الشريك الذى قام به دون غيره •

على أن من السلطات التى تدخل فى نطاق اختصاصات وكالة هذا الشريك فى الفقه الاسلامى ما يمكن اعتبارها كذلك فى القانون الوضعى • من ذلك مثلا الرجوع بالثمن الذى يهلك دون تعديه أو اهماله ، ليؤدى بدله للبائع • فلا شك أن له هذا الحق فى شركات القانون فليس الثمن فى هذه الحال الا دينا يستحق على الشركة •

أما عقد الشركة وخلط أموالها بأموال أخرى ــ باعتباره أساس فكرة زيادة رأس المال ــ فكذلك أرى أنهما يدخلان فى نطاق وكالته فى شركات القانون ، لأنه ليس فى الحقيقة الا منفذا لارادة سائر الشركاء • وأن كان لابد من موافقة جميع الشركاء أو على الأقل الأغلبية الخاصة التى يكون قد اشترطها عقد تكوين الشركة بالنسبة لهذين الاجراءين • فلا يكفى اذن التفويض العام لأنه لا يعطيه ــ قانونا ــ الا الحق فى أعمال الادارة العادية وما يلزم لها من التصرفات • وما نحن بصدده يبعد كثيرا عن هذا النطاق •

---

(١) مع مراعاة وضعه الخاص فهو وكيل من نوع خاص وليس وكيلا عاديا ، وقدسبق ان عرضنا للخلاف الدائر بين شراح القانون حول تكييف وضع مدير الشركة ، راجع بند ٨٧ .

(٢) محسن شفيق ــ الوسيط ج ١ بند ٢٨١، البارودى ج ١ بند ١٤٦ أ ، على يونس بند ٧٤ ، حسنى عباس بند ٩٥ . أكثم الخولى ج ٢ بند ٤٣

واذا كان الفقه الاسلامى قد أباح بالتفويض العام أو بالاذن اجراء صاحب الحصة بالعمل خلط أموال الشركة بأموال أخرى ، أو المشاركة بأموال الشركة ، فان ذلك يرجع الى سهولة المعـــاملات التى كانت قائمـــة آنذاك والى بساطتها ، فضلا عن صلاح نفوس النـــاس الـــذى كانوا عليه فى فترات تطبيق الفقـــه الاسلامى • وحسبنا فى ذلك أن هذا الفقـــه أعطانا الأصول والأسس لأفكار حديثة جدا •

وأخيرا تعتبر يد الشريك الوكيل يد أمانة وتحدد مسئوليته على هذا الأساس ، فاذا تصرف فى أموال الشركة على وجه يخـــالف الأغراض التى قامت الشركة من أجل تحقيقها كان هناك محل لمساءلته جنائيا عن خيـــانته للأمانة [1] •

المبحث الثالث

صاحب الحصة بالعمل شريك

٢٤٩ ــ يقدم الشخص عمله كحصة فى شركة ويأمل أن يحصل فى مقابل هذا العمـــل على نصيب من أرباح الشركة • فكل الذى له من الناحية المالية أن يشارك فىالأرباح المتوقعة•

وهذه المشاركة لا تكون الا بعد استرداد رأس المـــال • وان كان هذا من حيث الأصل، الا أن العادة جرت على أن تقسم مدة الشركة الى فترات مالية مدة كل منها سنة ، وقد أقر القانون هذه العادة • وتجرى نهاية كل فترة محاسبة بغرض معرفة مركز الشركة المـــالى • فان ظهر ربح ــ وهو لا يظهر الا بوجـــود فائض عن رأس المـــال ــ وزع على الشركاء وفقا للنسب المتفق عليها ، أو بنسبة الحصص التى قدموها عند غياب النسب الاتفاقية •

ويتضح من ذلك أن الحصة بالعمل ترتب لمقدمها الحق فى المشاركة فى أرباح الشركة ، وفى الفقـــه الاســـلامى ترتب هذه الحصـــة بالاضـــافة الى هـــذا الحق ، الحق فى ادارة الشركة •

وأبدأ بالكلام عن الحـــق فى المشـــاركة فى الأرباح لنعرف مدى هذا الحق ومتى يستقر لصاحب الحصة بالعمل وما يتفرع عن ذلك •

المطلب الأول

مدى الحق فى المشاركة فى الأرباح

٢٥٠ ــ اتفقت آراء فقهاء المذاهب الاسلامية على أنه لا ربح الا بعد أن يسلم رأس المـــال اذ هو أصل والربح تبع ، فما يسلم الأصـــل لا يمكن أن يسلم الفرع • ويذكرون فى هذا الصدد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مثل المؤمن كمثل التاجر لا تسلم له نوافله قبل أن تسلم فرائضـــه » وعلى ذلك أوجبوا تعويض الخســـارة من الربح ولو كان سابقا على وقوع الخسارة •

لكن هل معنى ذلك أن يظل هـــذا الشريك مهددا برد ما يحصل عليه من أرباح كلما وقعت خسارة ، بمعنى أن حقه على الربح يظل غير مستقر ؟

هذا ما سنرى الاجابة عليه فى أقوال فقهاء المذاهب التى سنعرضها فيما يلى • ثم نختار منها رأيـــا •

٢٥١ ــ من **الحنفية** يقول الزيلعى مجملا رأى المذهب : « وأن قسم الـــربح وبقيت المضاربة ثم هلك المـــال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المـــالك رأس ماله • أى اذا اقتسما

---

(١) نقض جنـــائى ــ ١٩٥١/٢/١٢ مجلـــة التشريع والقضاء السنة ٥ قسم ٢ باب ٢ ــ ٥٢ • مصطفى طه ٢٩٧ •

الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يقتسماها بأن اقتسما بعض المال وتركا بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك فى يده وهو أمانة ترادا الربح الذى اقتسماه ... (الى أن يقول) وان قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول ... لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد . فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الأولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر . وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده ... (ثم يروى صورة هذه الحيلة وهى رد رأس المال ثم أخذه ثانيا) وهكذا اذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما التراد عند الهلاك [1] .

ويعقب على ذلك أبو السعود فى حاشيته بقوله أن ذلك « ... يوهم أنه شرط . وليس كذلك حتى لو بقى المال بعد فسخ المضاربة فى يد المضارب والمسألة بحالها لم يختلف الحكم . قال فى الدر بعد قول التنوير وأن قسم الربح وفسخت المضاربة والمال فى يد المضارب الخ » [2] .

ويرى ابن عابدين فى حاشيته على الدر أن صحة الحيلة لا تتوقف على تسليم المال وتسلمه وأن تقييد الزيلعى اتفاقى [3] .

يتضح من أقوال فقهاء الحنفية أن الأصل رد الربح ما دامت الشركة باقية . ولكنهم يجيزون عدم رد الربح الموزع ، تعويضا لخسارة لحقت بالشركة بعد توزيعه ، اذا فسخت الشركة عقب كل توزيع للربح . وتعقد شركة جديدة . ومنهم من يرى رد المال ثم قبضه ثانيا عقب الفسخ والقسمة ومنهم من يعترض على ذلك ولا يرى فيه شرطا . وعلى ذلك تعقد الشركة مع بقاء الأموال فى يد الشريك صاحب الحصة بالعمل دون ردها الى رب المال فى كل مرة .

٢٥٢ — **والمالكية** يشترطون لعدم تعويض الخسارة بالربح الموزع أن يتم الفسخ ويرد رأس المال ثم يدفع ثانيا للمضارب . وهذا ما جاء فى المدونة بهذا الصدد : « قلت فان قال العامل لا أعمل به حتى تجعل هذا الباقى رأس مالك وتسقط عنى ما قد خسرت فقال رب المال نعم اعمل بهذا وقد اسقطت عنك ما خسرت . قال أرى أنه على قراضه أبدا ما لم يدفع الى رب المال ماله ويفاصله ... ولا ينفعه قوله الا أن يدفع اليه ويتبرأ منه ثم يدفع اليه الثانية أن أحب قراض جديد . قال ابن القاسم ولو أحضره وحاسبه ما لم يدفعه اليه فهو على القراض الأول حتى يقبضه . وكذلك سمعت عن مالك » [4] .

ويتفق المالكية فى هذا الشأن مع ما يقول به الزيلعى من الحنفية ، وهو ما لا يعتبره بعض الحنفية شرطا لصحة عقد الشركة من جديد .

٢٥٣ — **والشافعية** يظل عندهم الربح يجبر أى خسارة ما بقيت المضاربة ، ولكنهم لا يتكلمون عن وسيلة أو حيلة للحد من اطلاق تطبيق قاعدة تعويض الخسارة بالربح الذى

---

(١) تبين الحقائق جـ ٥ ص ٦٧ .
(٢) حاشية أبى السعود على ملا مسكين جـ ٣ ص ١٩٧ .
(٣) راجع جـ ٤ ص ٥١١ .

(٤) جـ ١٢ ص ٩٩ . وراجع أيضا التاج بهامش المواهب جـ ٥ ص ٣٦٦ ، والشرح الكبير بهامش الدسوقى جـ ٣ ص ٤٦٣ .

يتحقق كما يفعل الحنفية والمالكية . فنجد الانصارى يقول : « ونقص المال الحاصل بخسران وعيب حادث فيه وكذا تلف بعضه بعد التصرف فيه ولو كان تلفه بعدوان من أجنبى تعذر بدله ... يجبر بالربح لأنه وقاية لرأس المال ، ولأنه تصرف فى رأس المال فلا يأخذ شيئا من الربح حتى يرد الى المالك مثل ما تصرف فيه » [1] .

٢٥٤ — وما يراه الحنابلة يفصله صاحب كشاف القناع بما يرويه عن الامام أحمد «وقد سئل عن المضارب يربح ويضع مرارا يرد الوضيعة على الربح الا أن يقبض رأس المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية ، فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الأول لأنه مضاربة ثانية .

قال فهذا ليس فى نفسى منه شىء ، وأما ما لا يدفع اليه فحتى يحتسبا حسابا كالقبض

قيل وكيف يكون حسابا كالقبض قال يظهر المال يعنى ينض ويجىء فيحتسبان عليه وان شاء صاحبه قبضه.قيل له أى للامامفيحتسبان على المتاع قال لا يحتسبان الا على الناض لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ... انتهى (ثم يقول) وان اتفقا أى المتقارضان على قسمه أى الربح أو على قسم بعضه أو اتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدرا معلوما جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما » [2].

٢٥٥ — **وللزيدية** ما قاله ابن المرتضى :

« ومهما خسر قبل القسمة جبره من الربح ،اذ هو وقاية للمال » [3] .

٢٥٦ — الذى يتضح من الآراء التى سبق أن عرضتها أن الخسارة يجب أن تعوض من الأرباح سواء ما وزع منها أو ما لم يوزع — وذلك بحسب الأصل — طالما بقيت الشركة .

وهذا الحكم يعتبر ضمانا لرأس المال الذى يجب أن يظل سليما دون مساس . وهو ما يسمى فى اصطلاح القانون : « مبدأ ثبات رأس المال » . فرأس مال الشركة يجب أن يبقى دون أى نقص باعتباره الحد الأدنى لضمان الدائنين . وهذا المبدأ هو الذى يفرض على الشركة المبادرة بجبر ما يعترى رأس المال من نقص فى حالة الخسارة قبل توزيع أى ربح على الشركاء [4] .

وهكذا يستشعر الفقه الاسلامى خطورة توزيع أرباح صورية تؤثر على سلامة رأس المال ، فيبادر الى تقرير القواعد التى تكفل منع توزيع مثل هذه الأرباح.، وتحافظ على رأس المال . ضمانا لحقوق أصحابه وحقوق الغير التى قد تتعلق به .

الا أن فقهاء المذاهب مراعاة منهم لمصالح جميع الأطراف ، وتخفيفا من النتائج التى تترتب على جعل الربح وقاية لرأس المال اذا طالت حياة الشركة بحيث يرد الشريك صاحب الحصة بالعمل كل ما يوزع عليه من ربح كلما وقعت خسارة . فيظل محروما من مقابل عمله لفترة طويلة فتلحق به الاضرار .

---

(١) أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٨٨ ، راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٣ ، وفيه تفصيل لأنواع النقص الذى يعوض بالربح وهى عند البعض ما يكون ناجما عن تصرف العامل وتجارته وعند البعض وهو الأصح فى المذهب كل نقص حادث.

(٢) ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٧ .

(٤) مصطفى طه ص ٤٩٥ ، محسن شفيق — الموجز بند ٢٣٧ ، البارودى ج ٢ بند ٦٦٢ ج حسنى عباس بند ٢٨ .

وجدناهم يبحثون فى تقرير الوسيلة التى يترتب عليها الفصل بين فترات الشركة ، أو عملياتها بحيث يستقل بكل منها عقد جديد ، فلا يجبر ربح فترة خسارة فترة أخرى • ولا شك أن الشركاء حرصا منهم على ما يحصلون عليه من ربح سيقومون بتنفيذ هذه الوسيلة بعد كل توزيع للأرباح •

وكذلك ما روى عن الامام بن حنبل من عمل حساب فى مرتبة قبض المال ، دون أن تفسخ الشركة أو يرد رأس المال ، ثم تعقد الشركة من جديد • ويرتب على هذا الحساب اختصاص كل شريك بما حصل عليه من ربح فلا يطالب برده بعد ذلك فى خسارة لاحقة •

هذا الذى يقول به الحنفية والمالكية والحنابلة ــ لا سيما الحساب الذى يقول به الامام أحمد ــ يعتبر بالاضافة الى أنه وسيلة يتأكد بها حق الشريك على ما حصل عليه من ربح ، الأصل لفكرة الميزانيات السنوية التى تطبقها الشركات الحديثة طوال مدة بقائها •

ويترتب عليها انفصال ميزانية كل فترة عن الأخرى ، فاذا وزع ربح فى ميزانية فلا يجوز رده تعويضا لخسارة تحدث فى ميزانية تالية• لكن العكس صحيح ، وهو أنه اذا وقعت خسارة فى ميزانية فلا توزع ــ بحسب الأصل ــ أرباح حتى تتحقق فعلا أرباح فى ميزانية مستقبله ، ومع ذلك لا توزع حتى يكتمل رأس المال ثم يكون التوزيع مما يبقى من الأرباح بعد ذلك •

٢٥٧ ــ على أن ابن حزم الظاهرى قد وضع قاعدة تعتبر أكثر وضوحا فى وصولها الى فكرة الميزانيات وذلك فى قوله : « وكل ربح ربحاه فلهما أن يتقاسماه فان لم يفعلا وتركا الأمر بحسبه ثم خسر فى المال فلا ربح للعامل • وأما اذا اقتسما الربح فقد ملك كل واحد منهما ما صار له فلا يسقط ملكه عنه لأنهما على هذا تعاملا ، وعلى أن يكون لكل واحد منهما حظ من الربح اقتسماه فهو عقدهما المتفق على جوازه ، فان لم يقتسماه فقد تطوعا بترك حقهما وذلك مباح » [(1)] • وهذا الرأى فى هذه المسألة يعتبر بلورة لمدى حق صاحب الحصة بالعمل على ما يحصل عليه من ربح ، فقد قرر هذا الفقيه أن الربح الموزع يصير ملكا له ، فلا يمكن اسقاط الملك عنه بعد ذلك ليصير وقاية للمال من خسارة مستقبلة • كذلك أوضح هذا الرأى ما يعتبر أصلا لفكرة الاحتياطيات ، فيما قال به من أن الشركاء اذا لم يقتسموا الربح وظل باقيا دون توزيع ثم حصلت خسارة كان هذا الربح الذى لم يوزع من قبل وقاية لرأس المال تعوض به هذه الخسارة • وقد وجدنا ذلك عند سائر المذاهب حيث أنها تقرر جبر الخسارة بالربح حتى بعد توزيعه كما أن ابن حزم قد وصل بطريق مباشر الى فكرة الميزانيات دون حاجة الى الفسخ أو رد المال ثم اعادة القبض والعقد من جديد • فاذا ظهر الربح وتم توزيعه فلن يرد جبرا لخسارة تقع من بعده • وليس فى هذا خروج على القاعدة اذ أنه لن يوزع الربح الا بعد أن تتضح سلامة رأس المال •

وهذا ما يراه الزيدية حيث يقولون أنه « اذا اقتسم الربح ثم عمل العامل فخسر لم يجبر مما أخذه اذ القسمة بعد افراز رأس المال كالفسخ » [(2)] • وعلى ذلك يكون الربح الذى يوزع على الشركاء خالصا لهم طالما أن توزيعه قد تم بعد أن ثبتت سلامة رأس المال •

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٤٨ •
(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٨ •

٢٥٨ ــ والنتيجة التى يصل اليها ابن حزم هى ذاتها التى يصل اليها الحنفية والمالكية والحنابلة ، وان اختلف الاسلوب الذى يوصل اليها • الا أن ما يقوله ابن حزم متضمنا رأيه يعتبر أكثر تبسيطا من غيره من حيث الاسلوب الذى يصل به الى النتيجة مباشرة ، وباجراء منطقى خال من التعقيد • اذ أن الأخذ بوسيلة الفسخ ورد المال ثم العقد والقبض من جديد ــ وان كانت وسيلة قد تتفق مع ما كان من المعاملات سائدا وقتذاك ــ الا أنها قد تصم الفقه الاسلامى بشكلية أو تعقيدات هو برىء منها • وان كانت هذه الوسيلة ليست الا مجرد حيلة من حيل الفقهاء للوصول الى غرض معين من طريق المحافظة على الكل •

وليس كل ما جاء من الحيل يعتبر سليما مقبولا • وبذلك يظل الفقه الاسلامى مبرءا من أى شكليات أو تعقيدات •

وهكذا يتأكد حق الشريك صاحب الحصة بالعمل على ما يحصل عليه من أرباح خلال قيام الشركة ، فهو ملك خالص له طالما قد حصل عليه بموجب توزيع سليم بعد ثبوت سلامة رأس المال • وكذلك نجد الأصل الحقيقى لفكرة الميزانيات السنوية للشركات قد برز فى رحاب الفقه الاسلامى •

٢٥٩ ــ ونضيف الى ما سبق أن القاعدة العامة التى قال بها الفقه الاسلامى وهى : « الربح وقاية للمال » يمكن تطبيقها على نحو آخر يتفق مع فكرة الميزانيات ، التى وجدنا أصولها قد نبتت بين مذاهب الفقه الاسلامى ، والتى يجرى على أساس منها العمل فى الشركات فى الوقت الحاضر • وليس ما يمنع أن يختلف التطبيق من زمن الى زمن ، فالأحكام ذاتها تتغير بتغير المصالح ، وهى بدورها تتغير بتغيير الأزمان [1] •

المهم اذن أن تتحقق وقاية رأس المال ، وهى تتحقق عن طريق تكوين احتياطى له يستقطع من الربح الذى يتحقق للشركة • ولذلك فلا يجب توزيع كل ما يتحقق من الربح، انما يوزع منه جزء معين ويجنب الباقى ليتكون منه ما يقى رأس المال ، ويحافظ على سلامته فى الحالات التى تقع فيها خسائر •

ويجب أن يكون الجزء من الأرباح الذى يجنب لهذه الوقاية متلائما مع قدر رأس المال ومتناسبا فى نفس الوقت مع الأرباح فى جملتها • وبذلك تتحقق وقاية رأس المال وفائدة الشركاء بالحصول على جزء من نتاج جهودهم وأموالهم • وذلك كله تطبيقا لما ورد من قواعد فى الفقه الاسلامى •

وهذا الاحتياطى الذى يتكون على مدار سنوات الشركة مآله الى التوزيع ، أما اذا تضخم كثيرا فيمكن توزيع جزء منه فى خلال حياة الشركة ، وأما أن يوزع جميعه عند انتهاء الشركة • وهو لن يوزع على أى حال الا بعد أن تثبت سلامة كل رأس المال •

المطلب الثانى

مدى الحق فى الربح قبل توزيعه

١٦٠ ــ رأينا كيف يتأكد حق صاحب الحصة بالعمل على الربح الذى يحصل عليه • فقد تبين أن الفقه الاسلامى يخلص الى جعله ملكا خالصا له لا يجوز اسقاطه عنه ، طالما

---

(١) يراجع تعليل الأحكام لأستاذنا الشيخ محمد شلبى ص ٣٠٦ •

قد حصل عليه بموجب توزيع ثم بعد التحقق من سلامة رأس المال •

ولكن هذا الربح قبل توزيعه على الشركاء يكون لهم فيه حق ، لأنه فى النهاية يجب أن يوزع عليهم ، لكن ما مدى هذا الحق • ومتى يتأكد ملك هذا الشريك وهل يجب أن يتم التوزيع حتى يتأكد هذا الحق أم لا ؟

يثور خلاف بين فقهاء المذاهب الاسلامية بصدد الوقت الذى يمتلك فيه الشريك صاحب الحصة بالعمل نصيبه من الربح • هل هو وقت تحقق الربح ، أو هو وقت قسمته •

على أن هذا الخلاف فى حقيقته لا يتعدى ظاهر القول فقط ، وهو ما توضحه الأقوال التى وردت فى كتب المذاهب • فمن يقول أنه يملك الربح بمجرد تحققه يضع قيدا يجعله قريبا من الرأى الآخر • ومن يقول أنه يملكه بالقسمة يورد استدراكا يقربه من الرأى الأول •

ونعرض فيما يلى لأقوال الفريقين :

فللقائلين بأن صاحب الحصة بالعمل يملك حصته من الربح بمجرد تحققه — وهم الحنفية وظاهر مذهب الحنابلة وقول للشافعية ، والزيدية وقول عند الامامية [1] — نذكر ما يقوله ابن قدامه : « ولنا أن الشرط صحيح فيثبت بمقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط ، كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها •

وقياسا على كل شرط صحيح فى عقد ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك • ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من البرح ، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه » [2] • وما يقوله ابن المرتضى من الزيدية من أن « •• ملكه قبل القسمة غير مستقر » [3] •

وللقائلين بأن هذا الشريك يملك حصته من الربح بالقسمة وليس قبلها — وهم المالكية والا ظهر فى مذهب الشافعية وقول فى مذهب أحمد ، وقول عند الامامية — نذكر ما جاء فى أسنى المطالب من كتب الشافعية : « ويملك العامل حصته من الربح بالقسمة ولكن انما يستقر الملك اذا كان المال ناضا بالفسخ معها •• لا بظهور الربح أى لا يملك به •• لكن يثبت له بالظهور للربح فى المال حق مؤكد يورث عنه لأنه وان لم يملك يثبت له حق الملك » [4] •

فالفريق الأول يرى أن لصاحب الحصة بالعمل الملك فى الربح بظهوره ، أى بمجرد تحققه ، ولكنه ملك غير كامل أو مستقر • والفريق الثانى يرى أنه لا يملك الربح بمجرد ظهوره ، الا أن له فيه حق مؤكد هو حق التملك الذى يمكن أن يورث عنه •

وهكذا يتضح أن الخلاف بين الرأيين ليس الا خلاف شكلى أكثر منه حقيقى — وأن ترتبت على هذا الخلاف بعض النتائج فى بعض الأحوال — اذ أن النتيجة فى النهاية وفقا للرأيين واحدة ، وهى أن ملك صاحب الحصة بالعمل للربح لن يخلص له خلوصا تاما الا بعد عدم تحقق خسارة واجبة الجبر به ، أو بمعنى

(1) راجع ما سبق بند ٦٤ ، وايضا البدائع جـ ٦ ص ٨٧ ، ومفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٨٦ وما بعدها .

(2) المغنى جـ ٥ ص ٥١ .
(3) البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٧ .
(4) جـ ٢ ص ٣٨٧ .

آخر بعد سلامة رأس المـال وفقا للقواعـد التي سبق ذكرها .

٢٦١ — هذا ما يراه الفقه الاسلامى نحو اعتبار صاحب الحصة بالعمل شريكا فى الربح، وقد تأكدت هذه الصفة فى الأقوال التى وردت فى كتب المذاهب جميعا والتى توضح أن شركته انما تكون فى الربح ، حيث لا شىء له فى رأس المـال . وأن هذه الصفة لا تتحقق الا عند مشاركته فعلا فى اقتسـام الارباح . ويقول الزيلعى بصدد تعريف شركة المضاربة : « هى شركة بمال من جانب وعمل من جانب آخـر يعنى أن المضاربة عقد شركة بمال من أحـد الشريكين وعمل من الآخر ... والمراد بالشركة الشركة فى الربح »[1] .

وما جاء فى شرح منهج الطلاب من كتب الشـافعية : « والقراض توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر والربح مشترك بينهما »[2].

وهذا الذى قال به الفقـه الاسلامى هو ما يقوله شراح القانون فى العصر الحديث اذ يعتبرون حصص العمل ، حصص أربـاح ، فلا تدخل فى تكوين رأس المـال وتقتصر حقوق أصحابها على اقتسام الأرباح والخسائر[3].

وما يقوله شراح القانون الوضعى لا يعنى غير أن صاحب حصة العمل ليس شريكا الا فى اقتسـام الأرباح وما يتحمله نتيجة لوقوع الخسـائر . وفى هذا الصدد ، وفيما عـدا ما يحاول شراح القانون أن يحملوا به صاحب الحصة بالعمل من الخسـارة ، يتفقون مع مذاهب الفقه الاسلامى .ثم يعود الخلاف فيما وراء ذلك حيث يقصر شراح القانون حقوق حصـة العمل على الحصـول على نصيب فى الأرباح فى حين أن الفقه الاسلامى يرى أن هذه الحصة لها دائمـا حق الادارة والتصرف وهذا ما نعرض له فى ما يلى ضمن فصل من فصول الباب الثانى .

---

(١) حـ ٥ ص ٥٢ .
(٢) بهامش البجيرمى ج ٣ ص ١٦٢ .

(٣) راجـع سبيل المثـال محسن شـفيق الوسيط ج ١ بند ٢٤٥ ، مصطفى طه ص ٢٢٣، ريبير بنـد ٩٦٨ ، أسـكارا بند ٥١٣ ، لاكور وبوتيرون بند ٢٠٠ ج ١ ، هامل ولا جارد ج ١ بند ٥٤٤ .

الفصل الخامس :

طبيعة الالتزام بتقديم الحصة بالعمل اكتساب مقدمها صفة التاجر أهليته :

المبحث الأول
طبيعة الالتزام بتقديم الحصة بالعمل

٢٦٢ – قد يكون موضوع الحصة بالعمل التى يلتزم بهـا الشريك ادارة الشركة فيلتزم الشريك بالعمل بالقيام بأعمال الادارة ،ويتعامل مع الغير باعتباره مديرا • وقد يتضمن فى هذه الأحوال عنوان الشركة اسم هـذا الشريك • وما دام الأمر كذلكفهو شريك متضامن وبالتالى يكون التزامه بتقديم عمله التزاما تجاريا • شأنه فى ذلك شأن سائر الشركاء المتضامنين •

وقد يظن للوهلة الأولى أن التزام هـذا الشريك طالمـا يقع على عمله دون أمواله ، فلا يجب أن يكون هذا الالتزام تجاريا • لكن لمـا كان هذا العمل الذى يلتزم به هو ادارة النشاط الذى تقوم به الشركة – والفرض هنا أنه نشاط تجارى – وان كان لا يباشره لحسـاب نفسه الا أنه بالاضافة الى دخول اسـمه صراحة أو ضمنا فى عنوان الشركة ، وهذا ما يعطيه مظهر المتعامل باسمه ولحسابه فهو لذلك يتأثر بأحوال الشركة نجاحا أو فشلا، وقد سبق أن رأينا مدى مسئوليته قبل دائنى الشركة وأنه فى مثل هذه الحالات يظل محلا للمطالبة بديون الشركة ولا يستطيع من ذلك فرارا بحجة اقتصار مسئوليته عن خسـائر الشركة فى حدود فقده مقابل عمله • أمام هذا الوضع فلا مفر من اكتساب هذا الشريك صفة التاجر ، وهذا ما سنراه من بعد • ولذلك فان التزامه بتقديم حصته التزام تجارى ، بمـا يستتبع ذلك من آثار •

٢٦٣ – ولـكن مـا هى طبيعـة الالتزام بتقديم الحصة بالعمل اذا لم يكن موضوعها متصلا بالادارة الخارجية للشركة ، كما لو كان موضوع هذه الحصة عملا داخليا كالاشراف الفنى على مصانع الشركة ، أو اعداد الرسوم والنماذج لانتاجها وتصنيعها ••• الخ • وهو ما يشير الى أن الشريك الذى يقدم مثل هذه الحصة قد يكون شريكا موصيا – وان كان الخلاف بين شراح القانون يكتنف صحة أن تكون حصة الشريك الموصى عملا – وقد ثار خلاف بين الشراح فيما اذا كان التزام الشريك الموصى بتقديم حصـته المـالية ذا طبيعة تجارية أو مدنية •

فذهب رأى الى أن هـذا الالتزام يعتبر التزامامدنيا ، ويستند أصحاب هذا الرأى الى أن الأعمال التجارية أوردها القانون التجارى على سبيل الحصر ولم تتضمن التزام الشريك الموصى بتقديم حصته [1] • كمـا أن مسئولية

---

(١) راجع على يونس بند ١٨٦ .

الشريك الموصى محدودة بحصته فى حين أن الأعمال التجارية تتضمن المضاربة والمسئولية المطلقة لذلك فان الموصى مجرد مستثمر لأمواله [1] .

ولكن الراجح فقها وقضاء[2] أن هذا الالتزام يعتبر التزاما تجاريا ولو لم يرد هذا الالتزام ضمن الأعمال التجارية التى عددها القانون التجارى ، حيث أن هذا التعداد لم يمنع من اسباغ الصفة التجارية — اعمالا لقواعد القياس — على أعمال لم ترد به [3] .

ولا نسلم القول بأن مجرد تحديد المسئولية عن ديون الشركة يمنع من اعتبار التزام الشريك الموصى بتقديم حصته التزاما تجاريا ، فمما لا شك فيه أن هذا الشريك يخاطر بما يقدمه للشركة ، حيث أنه يتعرض . للربح أو الخسارة وكما يقول الدكتور البارودى : « أن المسئولية المحدودة أو التوظيف والاستثمار لا يرجحان فى الاعتبار والتقدير وجود نية الاشتراك فى شركة جارية،وهذه النية — ولو فى نطاق محدود — لازمة فى الشريك الموصى لزومها فى الشريك المتضامن »[4] .

هذا بالاضافة الى أن الشريك الموصى طرف فى عقد شركة التوصية وهو عقد تجارى طالما أن الغرض منه القيام بأعمال تجارية . ونتيجة لذلك فالالتزامات التى تنشأ عنه تعتبر التزامات تجارية [5] .

٢٦٤ — اذا كان الأمر كذلك بالنسبة للشريك الموصى الذى يقدم حصة مالية فى الشركة .فما هو الحكم بالنسبة للشريك الموصى الذى يقدم حصته عملا لا يتصل بالادارة الخارجية ، فهل يعتبر التزامه مدنيا أو تجاريا ؟

هذا العمل — موضوع الحصة — قد يكون من قبيل الانتاج الذهنى كرسم النماذج مثلا، كما قد يكون من قبيل أعمال المهن الحرة كالهندسة والمحاسبة ... وهذه جميعا أعمال مدنية ، فكيف يمكن أن يكون أداء هذه الأعمال التزاما تجاريا اذا قدمه شخص كحصة فى شركة ؟

فى الواقع أن هذه الأعمال حين تؤدى للشركة انما هى تدخل ضمن مجموعة من الأعمال والتصرفات تتضافر مكونة فى مجموعها النشاط التجارى للشركة . ولذلك فلا يصح أن ينظر اليها منفردة مستقلة عن بقية الأعمال والتصرفات التى تعتبر جزءا منها ومكملة لها .

كما أن الشركاء الذين يلتزمون بتقديم هذه الأعمال انما يرتضون أن يكونوا مع غيرهم من الشركاء كلا لا تنفصم داخل الشركة أجزاؤه. وطالما أن هذه الشركة تقوم على أغراض تجارية ، فكأن ارادة جميع الشركاء قد انصرفت الى القيام بهذه الأغراض — وهى قبل أن تجتمع كانت منصرفة بمفردها الى القيام بهذه الأغراض — وعلى أساس من هذا النظر يمكن اعتبار هذه الأعمال من قبيل الأعمال التجارية، تبعا لتجارية الأغراض التى تهدف اليها الشركة.

---

(١) من هذا الرأى مصطفى طه ص ٢٧٤ .

(٢) محسن شفيق — الوسيط ج ١ بند ٤٣٤ والموجز بند ٢٤٥ ، البارودى ج ١ بند ١٧٨ ، حسنى عباس بند ١٣٠ — ٢ ، فريد مشرقى ج ١ بند ١٥٠ ، على جمال الدين بند ١٠٢ وراجع ايضا احكام القضاء المشار اليها فى هذه المراجع.

(٣) كمقاولة الايداع .

(٤) ج ١ بند ١٧٨ .

(٥) فريد مشرقى ج ١ بند ١٥٠ ، أكثم الخولى ج ٢ بند ٩٤ . حيث يرى أن جميع عقود الشركات التجارية تعتبر عقودا تجارية بالنسبة للشركاء .

الى جانب ذلك اذا استعرضنا حجج الرأى الراجح فى الفقه والقضاء ، وجدناها تنحصر فى:

(١) أن الأعمال التجارية التى أوردها القانون التجارى ليست واردة على سبيل الحصر ، حتى يمكن مواجهة ما يستحدث العمل .

(٢) أن تحديد مسئولية الشريك الموصى بقدر حصته لا تمنع من وجود المخاطرة بالتعرض للخسارة ولو فى حدود هذه الحصة. ولا يمكن أن تهدر هذه المسئولية المحدودة نية الاشتراك لدى هذا الشريك .

(٣) أن شركة التوصية اذا كانت تقوم بأعمال تجارية ، فان العقد المنشىء لها عقد تجارى ، ولذلك فان ما ينتج عنه من التزامات قبل الشركاء هى التزامات تجارية .

٢٦٥ — اذا كان الأمر كذلك ، واذا عرضنا الحصة بالعمل على حجج الراجح من الرأى بين الفقه والقضاء ، نجد أن الشريك الذى يقدمها انما يتعرض لاخطار الاستغلال التجارى .فاذا لم تحقق الشركة أرباحا ، لم يحصل على ما يقابل عمله . ولو لحقت بها خسارة خسر هذا المقابل وضاع عليه وقته وجهده الذى بذله .

ومن ناحية أخرى فهو شريك فى شركة تجارية وطرف من أطراف عقدها ، ولما كان هذا العقد تجاريا فهو يرتب التزامات تجارية ، يتساوى فى التحمل بأعبائها كل الشركاء ،ولذلك تتساوى التزامات الشريك الذى يقدم أمواله، والتزامات الشريك الذى يقدم عمله .

يضاف الى ذلك أن المادة ٥٠٥ مدنى وهى تعرف الشركة قد سوت بين المال والعمل ، وجعلت منهما عنصرين يقوم عليهما المشروع على قدم المساواة . بل أن عنصر الفائدة الذى تقوم به حصة العمل وبالتالى نصيبها من الربح، ملحوظ أيضا فى تقدير حصص رأس المال من الأرباح . اذ أن الفائدة التى تعود على الشركة من استغلال مال معين يكون لها اعتبار فى تقدير نصيب هذا المال من الربح . فلو أن شريكا قدم عقارا مبنيا للشركة كحصة فى رأس مالها سيكون تقويم هذا العقار متضمنا ضمن عناصره ما يعود على الشركة من فائدة من الانتفاع به .

نخلص من ذلك الى أنه لا فرق بين مال يقدم أو عمل يؤدى للشركة ، كما أن عنصر تحمل المخاطرة قائم فى الحالين . ونتيجة لذلك نقول أن التزام الشريك صاحب الحصة بالعمل بأداء هذه الحصة ، ولو كان عملا لا يتصل بالادارة الخارجية ، ولو كان مقدمه شريكا موصيا ،هو التزام تجارى .

مدى حقوق الدائنين على الحصة بالعمل

٢٦٦ — الشركة باعتبارها شخصا معنويا ، صاحبة الحق فى مطالبة الشريك بالعمل بالوفاء بحصته ، ويقوم ممثل الشركة بهذه المطالبة عنها، فهى تمارس هذا الحق بواسطته .

فاذا تراخى هذا الشريك فى أداء حصته ولم تطالبه الشركة بأدائها ، فهل يكون لدائنى الشركة مطالبة هذا الشريك بأداء حصته ، بالرغم من أنها لا تدخل فى الضمان العام ؟

من المقرر أن لدائنى الشركة مطالبة الشركاء بالوفاء بحصصهم المالية بمقتضى الدعوى غير المباشرة التى ورد بها نص المادة ٢٣٥ مدنى. فهم فى هذه المطالبة يستعملون حق مدينهم — وهى الشركة — ولن يكونوا أكثر من نواب عنه فى ذلك .

لكن هل يكون لهم بمقتضى هذه الدعوى مطالبة الشريك بالعمل بأداء حصته ؟ وهى تخرج بحكم طبيعتها ووضعها الخاص عن الضمان العام لهم ، حيث أنها لا تدخل فى العناصر المكونة لرأس مال الشركة •اذ المسلم به أن الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه ينبغى أن يكون داخلا فى الضمان العام لدائنيه •

اذا كان وجوب دخول الحق الذى يستعمله الدائنون • باسم مدينهم فى ضمانهم العام قد استخلص من عجز الفقرة الأولى من المادة ٢٣٠ مدنى حين استثنت ما كان من الحقوق متصلا بشخص المدين خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز ، الا أن هذا الاستثناء قصد به استبعاد الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية كحق الطلاق مثلا ، والحقوق المالية غير المتصلة بالأحوال الشخصية اذا كانت قائمة على اعتبارات أدبية يقدرها الشخص ذاته ، كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة ، وحق المؤلف فى نشر مؤلفه [1] •

أما فى خصوص الحصة بالعمل وهى أن كانت لا تدخل فى الضمان العام لدائنى الشركة حيث أنها لا تدخل ضمن عناصر رأس المال • الا أنها ليست من الحقوق المتصلة بشخص المدين ، لا سيما اذا أخذنا فى الاعتبار أن الشركة شخص معنوى وهى بهذا الوصف قد تخرج عن نطاق الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ مدنى • أو على الأقل يضيق نطاق هذا الاستثناء بالنسبة اليها •

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان الحصة بالعمل وان خرجت بذاتها من ضمان الدائنين، الا أن من شأنها أن تثرى هذا الضمان بطريق غير مباشر ، وذلك بما يعود على الشركة من فوائد بسببها • لذلك ولما كان الدائنون مجرد نواب عن الشركة فى استعمال حقها فى مطالبة الشريك بالعمل بأداء حصته ، فلا يوجد ما يحول بينهم وبين مطالبة هذا الشريك بأداء حصته للشركة •

هذا فى فترة حياة الشركة ، فاذا كانت قد دخلت فى دور الحل والتصفية ، وكان صاحب الحصة بالعمل لم يؤد حصته أو قصر فى أدائها على الوجه الأكمل ، بحيث تعرضت الشركة للأضرار نتيجة لذلك ، كان للمصفى أن يطالبه بالأداء المكمل للحصة اذا كان ذلك مفيدا ولم تفت الفرصة بعد للاستفادة من أدائه ، كما يكون له أن يطالبه عن الشركة بتعويض كل ما لحقها من أضرار نتيجة الأداء غير الكامل أو الذى شابه قصور •

على أنه يجب ملاحظة أن هذا الشريك يستطيع أن يدفع مطالبة الدائنين وكذلك مطالبة المصفى بجميع الدفوع التى يكون له أن يدفع بها فى مواجهة الشركة ، وذلك كالدفع المؤسس على عيوب الرضا أو بطلان عقد الشركة لعدم الكتابة أو الشهر • وذلك لأن الدائنين انما يطالبونه باسم الشركة ، والمصفى يطالبه بصفته ممثلا لها ، له سلطة المديرين • لذلك فلن يكون له من الحقوق أكثر مما للشخص الذى يتولون المطالبة نيابة عنه •

٢٦٧ — لما سبق ، وتوفيرا لحماية الدائنين من النتائج المترتبة على استعمال الشركاء هذه الدفوع فى مواجهتهم • ذهب القضاء وتبعه الفقه الى تقرير دعوى مباشرة يطالبون بها الشركاء الموصين بتقديم حصصهم • وقد أسس القضاء مذهبه على أن لهؤلاء الدائنين حقا خاصا فى استكمال رأس مال الشركة فهو الحد

(١) راجع فى ذلك السنهورى ، الوسيط ج ٢ بند ٥٤٤ .

الأدنى للضمان العام • كما أنه لا محل لاختلاف معاملة كل من الشريك المتضامن والشريك الموصى فى صدد موضوع واحد • ولما كان للدائنين مطالبة الشركاء المتضامنين مباشرة بديون الشركة باعتبارهم مسئولين شخصيا عن هذه الديون • فيكون لهم أيضا دعوى مباشرة يطالبون بها الشركاء الموصين بتقديم حصصهم • ويترتب عليها أن يمتنع على هؤلاء الشركاء أن يدفعوا فى مواجهة الدائنين بما يستطيعون أن يدفعوا به فى مواجهة الشركة [1] •

٢٦٨ — اذا كان الشريك بالعمل متضامنا كان للدائنين أن يطالبوه بأداء حصته بموجب الدعوى المباشرة • بالرغم من أن هذه الحصة لا تدخل — كما سبق القول — فى العناصر المكونة لرأس المال وبالتالى للضمان العام • الا أن هذا الشريك بصفته متضامنا يعتبر مسئولا عن ديون الشركة فى مواجهة الدائنين • لذلك كان لهم مطالبته بأداء حصته للشركة •

لكن اذا كان الشريك الذى قدم عمله حصة فى الشركة موصيا فهل يمكن مطالبته بأداء حصته بموجب الدعوى المباشرة التى قررها القضاء والفقه ؟

رأينا أن السند فى تقرير هذه الدعوى للدائنين ، حقهم فى الحد الأدنى للضمان العام وهو رأس مال الشركة ، وأن تقرير هذه الدعوى يقتضيه مبدأ ثبات رأس المال • اذن فحق الدائنين على رأس مال الشركة حق مباشر ولذلك تقررت لهم هذه الدعوى •

ولما كانت الحصة بالعمل تخرج عن العناصر المكونة لرأس المال ، ولا تمس مبدأ ثبات رأس المال • أرى أنه لا يجوز للدائنين استعمال الدعوى المباشرة لمطالبة الشريك الموصى بالعمل بأداء حصته ، حيث لا حق مباشر لهم على هذه الحصة • اذ أن رأس المال باعتباره الحد الأدنى للضمان العام كان معلوما للدائنين ولا تدخل ضمنه الحصة بالعمل • وهذا على خلاف الوضع بالنسبة للشريك بالعمل المتضامن كما رأينا •

وازاء ذلك لايكون للدائنين الا استعمال الدعوى غير المباشرة فى مطالبة الشركاء مقدمى حصص العمل الموصين بالوفاء بحصصهم ، بما يترتب على ذلك من حق هؤلاء الشركاء فى التمسك بكل الدفوع التى يكون لهم التمسك بها فى مواجهة الشركة •

٢٦٩ — هذا فى نطاق القانون ، أما الفقه الاسلامى فلا يثور فى رحابه موضوع مدنية أو تجارية التزام الشريك صاحب الحصة بالعمل حيث أن الفقهاء لم يفصلوا بين المعاملات التجارية والمدنية من حيث القواعد التى تحكمها • لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل فى نظرهم • حيث لم يكن عندهم قضاء متنوع يختص كل نوع منه بالفصل فى دعاوى خاصة [2] •

وعلى هذا فسواء كانت المعاملة مدنية أو تجارية فانها تخضع لقضاء نوعى واحد •

وعدم التمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية لا يعيب الفقه الاسلامى ، فان القانون الخاص فى مختلف بلدان العالم كان يتناول المسائل المدنية والتجارية معا ، ولم تنفصل

---

(١) محسن شفيق — الموجز ج ١ بند ٢٤٦ ، مصطفى طه ص ٣٠٦ ، البارودى ج ١ بند ١٧٨ ، مشرقى ج ١ بند ١٥٠ ، على يونس بند ١٨٧ ، حسنى عباس بند ١٣٢ ، وأحكام القضاء التى أشارت اليها هذه المراجع .

(٢) المدخل لأستاذنا الشيخ محمد شلبى (طبعة ١٩٦٦) ص ٣١ .

مسائل القانون التجارى ، ويتميز هذا القانون الا منذ عهد قريب • « بل أن أكثر الأمم تقدما فى التجارة وهى انجلترا والولايات المتحدة لا تفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية »[1] •

وحتى مع الفصل القائم حاليا بين القانون التجارى والقانون المدنى فلا يزال هذا القانون الشريعة العامة بالنسبة للمسائل التجارية لا سيما فى موضوعات الالتزامات والعقود •

وهناك أصوات تنادى الآن بتوحيد قواعد القانون الخاص لتنطبق على جميع الفئات دون تمييز ، وان كانت هذه الدعوة تلاقى معارضة شديدة •

وأيا ما كان الأمر فليس فى الشريعة الاسلامية وأصولها ما يمنع من أن تستقل المعاملات التجارية بقواعد فقهية خاصة وبقضاء نوعى مستقل ، تبعا لما تطورت اليه هذه المعاملات فى العصر الحديث •

ولعلنا نلاحظ اشارة لذلك جاء بها التنزيل الحكيم بصدد الكتابة فى اثبات الديون ، حيث استثنى التجارة الحاضرة من قواعد الاثبات بالكتابة ، فيقول تبارك وتعالى : « ••• الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها ••• »[2] •

فهذه الآية الكريمة بما تضمنته من حرية الاثبات فى المواد التجارية ، انما قدرت الظروف التى تتم فيها المعاملات التجارية ، وما تتسم به من سرعة تتعارض مع القيود التى كانت الغاية منها حماية أطراف هذه المعاملات •

المبحث الثانى
اكتساب الشريك بالعمل صفة التاجر

٢٧٠ — اذا كان الشريك مسئولا عن ديون الشركة مسئولية شخصية وتضامنية ، فكأنه والحال كذلك يتاجر لحساب نفسه ، الا أنه يتعامل مع الغير باسم الشركة • ولما كان هذا الاسم — وهو يعرف بالعنوان فى شركات الأشخاص — قد يتكون من اسم هذا الشريك أو شركاء آخرين ممن يسألون هذه المسئولية • كان ذلك معاونا على المظهر الذى يعطى لمن يتعامل مع الغير منهم ، وكأنه يتعامل باسمه هو • اذ هو يوقع بعنوان الشركة الذى قد يكون اسمه هو مضافا اليه كلمة « وشركاه » • وهذا الشريك وأمثاله هم الشركاء المتضامنون فى شركات الأشخاص • وهم يكونون نوعا من الشركاء لا يوجد الا فى الشركات التجارية ، فلاتضمهم الشركات المدنية الا اذا اتخذت شكل احدى الشركات التجارية التى يوجد بها هؤلاء الشركاء •

والشركات التجارية هى التى تقوم بالأعمال التجارية ، وهى لذلك تكتسب صفة التاجر • ولما كان هؤلاء الشركاء يوضعون من حيث ادارة هذه الشركات ومن حيث مسئوليتهم عن ديونها ، فى هذا المركز الخاص ، كان من المنطق أن يكتسبوا هم أيضا صفة التاجر ، اذا لم تكن لهم هذه الصفة من قبل ، بمجرد توقيعهم على عقد الشركة •

والشريك بالعمل كما رأينا قد يكون موصيا كما قد يكون متضامنا ، فاذا كان موصيا فشأنه شأن الشركاء الموصين لا يكتسب صفة التاجر• وهذا بالرغم من اعتبار التزامه بتقديم حصته التزاما تجاريا ، لكن لما كان هذا الالتزام هو

---

(١) أصول القانون للسنهورى وأبو ستيت ص ٢٨١ •
(٢) سورة البقرة ، الآية — ٢٨٢ —

من الأعمال التجارية المنفردة فلا يستطيع أن يسبغ عليه بذاته صفة التاجر ، لأن هذه الصفة لا يكتسبها الا الشخص الذى يحترف القيام بالأعمال التجارية .

واذا كان هذا الشريك متضامنا ، وهو لا يسأل عن ديون الشركة فى أمواله الخاصة ، وفقا لما سبق أن انتهينا اليه . حيث أن الفقه الاسلامى يجعل ديون الشركة فى أموال الشركاء الذين يقدمون حصص رأس المال دون حصص العمل . كما أن القانون يجيز الاتفاق على اعفاء الشريك بالعمل من أن يتحمل جزءا من خسارة الشركة فى أمواله الخاصة . كذلك سبق أن انتهينا الى أنه لا تعارض بين وضعه هذا وبين أن يكون شريكا متضامنا ، طالما أنه سيرجع بكل ما يوفيه من ديون الشركة على بقية الشركاء .

٢٧١ — وما دام هذا الشريك متضامنا ، فانه يكتسب — كسائر الشركاء المتضامنين — صفة التاجر بما يستتبعه من واجبات يلتزم بها التجار ، كمسك الدفاتر التجارية ، والقيد فى السجل التجارى ، وشهر النظام المالى الذى تزوج بمقتضاه .

فبالنسبة لمسك الدفاتر التجارية اختلف الرأى بين شراح القانون اذا لم يكن للشريك المتضامن تجارة خاصة . فرأى على أنه لا يلزم بذلك طالما أن نتائج الأعمال التى تباشرها الشركة تقيد فى دفاترها . وتعتبر هذه النتائج الخاصة بأعمال الشركة مبينة لما للتاجر من نشاط تجارى . وأن مسك الشريك لدفاتر تجارية عبارة عن تكرار لدفاتر الشركة [1] .

والرأى الآخر يرى أن مسك الشريك المتضامن لدفاتر تجارية ينحصر فى قيد مصاريفه ومسحوباته الشخصية وقدر الأرباح التى يحصل عليها من الشركة [2] . على أن مسك الشريك المتاضمن لهذه الدفاتر لا يخلو من فائدة حيث أن هذه الدفاتر تعكس صورة حية لظروفه المالية .

وقد انقسم الرأى أيضا بين الشراح حول التزام الشريك المتضامن بالقيد فى السجل التجارى على أن الراجح من الرأى هو عدم الزام هذا الشريك بالقيد فى السجل التجارى . حيث أنه لا جديد يتضمنه هذا القيد ، كما أن اسم هذا الشريك يقيد ضمن قيد الشركة التجارية فى السجل التجارى ، حيث يتضمن قيدها أسماء الشركاء المتضامنين [3] .

أما عن شهر النظام المالى للزواج ، فهو التزام لا يمثل أهمية ما فى الجمهورية العربية المتحدة وكذلك فى البلاد الاسلامية عموما ، حيث ينعقد الزواج وفقا للشريعة الاسلامية . فيما عدا ما يعقد وفقا للشرائع الأخرى بالنسبة للأجانب ، ووفقا لنظم بعض الطوائف غير المسلمة [4] .

فالشريعة الاسلامية لا ترتب أى أثر على عقد الزواج بالنسبة لأموال الزوجين ، حيث

---

(١) من هذا الرأى مصطفى طه ص ١٤٦ ، حسنى عباس بند ٧٩ .

(٢) محسن شفيق — الموجز ج ١ بند ٢١٣ ، البارودى ج ١ بند ١٥٨ ويقرر أن هذا الرأى هو الراجح . أكثم الخولى ج ٢ بند ٨٧ .

(٣) المراجع السابقة ، ومصطفى طه هامش ص ٢٧٢ . وقارن عكس ذلك على يونس بند ١٦٦ حيث يرى أن الشريك المتضامن ملزم بالقيد فى السجل التجارى ولو لم تكن له تجارة مستقلة

(٤) يوجد لدى هذه الطوائف نظام اختلاط أموال الزوجين. ونظام الدوطة الذى يجعل للزوج حق الانتفاع بأموال الدوطة التى تقدمها الزوجة.

يتمتع كل منهما بحرية كاملة على أمواله . ولا حق لأحد الزوجين على مال الآخر اللهم الا بطريق الميراث . ولذلك فلا ضرورة لشهر عقود الزواج بالنسبة للمسلمين حيث لا حاجة لشهر قواعد معلومة وشائعة .

٢٧٢ — والشركاء المتضامنون يخضعون لنظام الافلاس سواء كانوا تجارا من قبل دخولهم الشركة أو بعد دخولهم الشركة بصفتهم شركاء متضامنين يكتسبون صفة التاجر . فاذا أشهر افلاس الشركة ، أشهر افلاسهم تبعا لذلك . حيث أن توقف الشركة عن دفع ديونها يعتبر بذاته معبرا عن توقف الشركاء المتضامنين عن دفع هذه الديون . نظرا لمسئوليتهم الشخصية عنها فى أموالهم الخاصة . وتقوم التفليسات الخاصة بالشركاء المتضامنين الى جوار تفليسة الشركة لمواجهة دائنيها .

لكن هل يجوز شهر افلاس ، الشريك بالعمل المتضامن طالما أنه غير مسئول عن ديون الشركة فى أمواله الخاصة ؟

فى الواقع أن عدم مسئولية هذا الشريك عن ديون الشركة فى أمواله الخاصة كانت كافية بذاتها للقول بعدم شهر افلاسه . لكن ان عدم مسئوليته عن ديون الشركة يجب أن ينحصر — كما سبق أن قلنا — فى النطاق الداخلى بينه وبين الشركاء . لذلك كان من الواجب عليه أن يقوم بوفاء ديون الشركة ، ثم يرجع بما يوفيه كله على بقية الشركاء كل فيما يخصه من هذه الديون . وفى ذلك تقرير لحماية دائنى الشركة . وهذه الحماية ذاتها تقتضى سلوك جميع السبل للوصول الى حقوقهم .

ومن ناحية أخرى فقد يكون توقف دفع الشركة عن ديونها بسبب لهذا الشريك دخل فيه ، فيجب أن لا يفلت من مسئوليته عن ذلك .

لما تقدم ، وبما أن هذا الشريك يكتسب صفة التاجر فانه يجب أن يشهر افلاسه اذا أفلست الشركة ، شأنه فى ذلك شأن جميع الشركاء المتضامنين .

٢٧٣ — لكن ما هو موقف الفقه الاسلامى بالنسبة لشهر افلاس الشريك بالعمل بسبب توقف الشركة عن دفع ديونها ؟

يأخذ الفقه الاسلامى بنظام الافلاس ويطبقه على المدينين الذين تستغرق ديونهم أموالهم ، سواء كانوا تجارا أو غير تجار .

والشريك بالعمل ليس مدينا أصليا عن ديون الشركة . ولكنه وفقا للمذاهب الفقهية الاسلامية وكيل فترجع اليه حقوق العقود التى يبرمها عن الشركة ، ولذلك يجب عليه أداء ثمن ما يشتريه ويسلم ما يبيعه ... ، الى غير ذلك من مثل هذه الالتزامات . هذا ما تراه غالبية هذه المذاهب وقد عبر عن هذا الوضع الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير بأن الوكيل يعتبر غريما بجوار الموكل ، فيصير للدائن « غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض والمقارض (صاحب الحصة بالعمل) » (١) .

أما الحنابلة فيرون للوكيل وضعا خاصا ، يقف فيه الى جانب الموكل كالضامن فى كل ما يلزمه من آثار ما عقد الوكيل لحسابه ، وعلى هذا يكون للدائن أن يطالب أيا من الوكيل (الضامن) أو الموكل (المضمون) . فاذا أبرىء الموكل برىء الوكيل « كالضامن والمضمون عنه

---

(١) جـ ٣ ص ٣٣٥ .

سـواء » [1] لذلك وما دام الشريك صاحب الحصة بالعمل له صفةالوكيل عن الشركة فيكون غريما للدائنين ، أو ضامنا للموكل وهى الشركة، على حد تعبير ابن قدامة •

وما دام الأمر كذلك فليس ما يمنع من شهر افلاس الشريك بالعمـل اذا أفلست الشركة باعتبـار أن ذلك تعبير عن توقف الشركاء المتضامنين عن دفع ديون الشركة • ولأنه كان من الواجب على هذا الشريك وسائر الشركاء المتضامنين الوفاء عن الشركة •

فشهر افلاس الشريك بالعمل هو اجراء يراد به الوصول الى الوفاء بديون دائنى الشركة • على أنه يبقى لهذا الشريك دائما – طالما لم يكن مسئولا عما حاق بالشركة – أن يرجع بجميع ما استوفى منه على شركائه ، ويكون دائنا لهم بذلك • فاذا لم يبق لديهم أموال يمكنه التنفيذ عليها بقى حقه مشغولة به ذممهم حتى يتحقق يسارهم وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية : « فنظرة الى ميسرة » •

المبحث الثالث
أهلية الشريك بالعمل

٢٧٤ – الشريك الـذى يقدم حصته فى الشركة عملا ، هو بلا شك شأنه شأن سائر الشركاء يتحمل نشاطا ذا تبعة ، بمعنى أنه يخاطر بمقابل عمله ووقته ، فهذا المقابل ،مقابل احتمالى قد يتحقق وقد لا يتحقق ، وقد رأينا مدى مسئولية هذا الشريك عن ديون الشركة فى مواجهة دائنيها ، وكيف أنها مسئولية مطلقة عن هذه الديون اذا كان شريكا متضامنا ، وكيف أنه يبعد عن هذه المسئولية اذا كان شريكا موصيا •

والفقه الاسلامى وهو يقصر حق ادارة شركة المضاربة على هذا الشريك انما يعتبره مسئولا عن هذه الديون باعتبار أنه وكيل عن الشركة ترجع اليه حقوق العقود التى يبرمها ، أو أنه – وفق رأى الحنابلة – يقف ضامنا لديون الموكل بجواره فى مواجهة الدائنين • وعلى ذلك اذا وفى عن الشركة ديونها فله الحق فى الرجوع على الشركاء بجميع الذى وفاه عن الشركة •

وشخص هذا وضعه لابد له من حيث الأصل أن يكون متمتعا بكمال الأهلية ، وذلك ترتيبا على ما يتحمله من مسئوليات وأعباء ادارة شئون الشركة ، أو على الأقل المسئوليات التى تلقى على عاتقه اذا تولى أعمالا تدخل فى نطاق الادارة الداخلية للشركة •

ونبحث أهلية هذا الشريك فى مطلبين نخصص الأول لما يراه القانون بالنسبة لهذا الشريك، ونبدى رأيا فى خصوصية وضع هذا الشريك اذا كان موصيا فى شركات الأشخاص • ثم نتكلم فى المطلب الثانى عن موقف الفقه الاسلامى فى هذا الصدد •

المطلب الأول
فى القانون الوضعى

٢٧٥ – قلنا أن الشريك الذى يقدم عمله قد يكون شريكا متضامنا فى شركات الأشخاص ، وقد يكون شريكا موصيا ، وهذا على خلاف رأى غالبية الشراح – وهو يكتسب الصفة التجارية اذا كان متضامنا ، ويجب أن تكون له الأهلية اللازمة لمزاولة التجارة • وذلك بأن يكون بالغا رشيدا •

ويعتبر القانون البالغ الرشيد هو كل من يبلغ من العمر واحدا وعشرين سنة ميلادية ، دون أن يكون مصابا بأى عارض من عوارض

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ١٣١ • ويراجع فى كل ذلك ما سبق بيانه بند ٢٠٤ وما بعده •

الأهلية كالجنون أو العتة أو السفه أو الغفلة.

فكل من تكون هذه حالته ، يكن متمتعا بالاهلية الكاملة وهى الأهلية اللازمة لمزاولة الأعمال التجارية . لكن لا يحرم من دون ذلك من الاشتغال بالتجارة ، انما يشترط أن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره وصدر له اذن من المحكمة المختصة بمزاولة التجارة ، وحينئذ يعتبر هذا الشخص كامل الأهلية فيما أذن له فيه .

ويشترط البعض صدور اذن خاص فى صدد من بلغ سن الثامنة عشرة اذا كان يريد أن يكون شريكا متضامنا ، فلا يكفى عندهم صدور الاذن العام بمزاولة التجارة ، وذلك نظرا للمخاطر التى يتعرض لها الشريك المتضامن[1].

وتستوى فى ذلك المرأة المتزوجة بالرجل متى بلغت سن الرشد ، فيكون لها أن تشتغل بالتجارة لتمتعها فى الشريعة الاسلامية بحرية كاملة فى التصرف فى أموالها . ولذلك لم يشترط القانون التجارى المصرى حصول المرأة المتزوجة على اذن من زوجها لتشتغل بالتجارة . وهذا على عكس الوضع بالنسبة لبعض التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسى. وهو وضع أثار نقد الشراح الفرنسيين ، وأن لم يعدم من يحاول تبريره بما يلقيه الزواج على المرأة المتزوجة من أعباء العناية بأسرتها[2].

على أن الوضع فى القانون الفرنسى قد عدل أولا بصدور قانون ٢٢ سبتمبر ١٩٤٢ ، ثم بالقانون الصادر فى ٩ أكتوبر ١٩٤٥ ،واستردت بعد ذلك المرأة الفرنسية المتزوجة حريتها فى مزاولة التجارة . فلم يتوقف اشتغالها بالتجارة على اذن من الزوج . ومع ذلك أعطى الزوج الحق فى أن يعترض على اشتغالها بالتجارة[3].

وعلى هذا فيجب أن يكون الشريك الذى يقدم حصته فى الشركة عملا — سواء فى ذلك كان رجلا أو امرأة — أن يكون له الاهلية الكاملة ببلوغه واحدا وعشرين سنة ، سليما من كل عوارض الأهلية . أو على الأقل يكون بالغا الثمانية عشرة من عمره ومأذونا له فى التجارة .

٢٧٦ — أما اذا كان هذا الشريك غير متضامن ، بأن كان شريكا موصيا فى شركات الأشخاص ، أو شركات الأموال [4] ، فانه عندئذ لا يشترط فيه الأهلية التجارية ، انما يكفى أن يكون مميزا ولو لم تأذن له المحكمة المختصة فى مزاولة التجارة . شأنه فى ذلك شأن كل شريك موصى فى شركات الأشخاص أو مساهم فى شركات الأموال . حيث لايشترط فيهم كمال الأهلية ، فضلا عن اجازة اسهام الوصى بأموال القاصر فى شركات الأشخاص باعتبار القاصر شريكا موصيا ، وكذلك مساهما فى شركات الأموال .

هذا من حيث الأصل ، ولكن وضع الشريك بالعمل اذا كان موصيا يحتاج الى شىء من النظر الفاحص . فهو شريك يتدخل تدخلا ايجابيا بعمله الذى يقدمه ، وليس ذلك الشريك الذى يقتصر على تقديم أمواله ثم ينتظر

---

(١) مصطفى طه ص٢١٣هامش ١ ،البارودى ج ١ بند ١١٠ — ٢ ، حسنى عباس بند ١٨ .

(٢) ليون كان ورينوه ج ١ ص ٢٨١ ، روجيه هوان — دروس الدراسات العليا ١٩٦٠ بند ٢٣/ب .

(٣) ومع ذلك بقى الوضع على ما كان عليه فى قوانين أخرى كالقانون اللبنانى م ١١ — ١٥ تجارى .

(٤) سنبحث موقف الشريك بالعمل وان كان دخوله فى شركات الأموال فى الفصل الرابع من الباب الثانى .

نتائج نشاط الشركة . هذا بالاضافة الى أن العمل الذى يجب أن يكون موضوعا لحصته هو عمل له أهميته ، وليس ذلك العمل العادى أو التافه . لذلك يجب أن يكون هذا الشريك قد بلغ سنا تمكنه على الأقل من تقدير التزاماته، وتهيىء له القيام بأداء عمله دون أن يلحق به هو شخصيا أى ضرر .

ولعلنا نستهدى فى هذا الصدد بقانون العمل ، وما يشترطه فى العمال من بلوغ سن معينة .

فنجد أن السن الأدنى للعامل هى اثنا عشر عاما ترفع فى بعض الأعمال الى خمسة عشر عاما أو سبعة عشر عاما فى بعض الصناعات . (م ١٢٤ من قانون العمل) ويلاحظ أن السن الأدنى تتدرج بتدرج الخطورة فى الصناعات المختلفة . فما كان منها أقل خطورة فلا يستلزم سنا كبيرا وما زادت خطورته تطلب القانون زيادة الحد الأدنى فى سن العامل تبعا لهذه الخطورة .

والشريك الموصى بالعمل يقدم أيضا عملا ، وهذا العمل قد يتدرج فى الخطورة ، فهل يمكن أن نطبق عليه ما جاءت به المادة ١٢٤ من قانون العمل ؟

فى الواقع أن كلا من العامل والشريك بالعمل يؤديان عملا ، وهذا أمر لا خلاف فيه . ومع ذلك فان وضع كل منهما يختلف عن الآخر ، فالشريك بالعمل ولو كان موصيا انما يتحمل تبعة لا يتحملها العامل ، حيث أنه قد يفقد مقابل عمله . وهذا بعكس العامل الذى يحصل على هذا المقابل فى كل الظروف ، فمقابل عمله أجر محدد ثابت .

هذا بالاضافة الى أن الشريك بالعمل انما يبتغى من دخوله فى شركة أن يحقق الغرض الذى تقوم من أجله الشركة ، وكأنه غرضه الخاص ، وهذا ما ينتفى عند العامل الأجير .

فاذا نظرنا الى السن التى يحددها قانون العمل ، نجد أنها لا تتصل بالأهلية القانونية سواء من حيث كمالها أو نقصها ، انما هو تحديد لسن يحمى فيها القانون القصر من مخاطر بعض الأعمال ، كما يحميها بصفة عامة من النواحى الصحية والاجتماعية . كل ذلك بعيدا عن نطاق الأهلية . لذلك لا يمكن القول بامكان تطبيق ما وردت به المادة ١٢٤ من قانون العمل على الشريك الموصى الذى يقدم حصته عملا .

لكل هذه الاعتبارات ، وحماية للشريك الموصى الذى يقدم عمله حصة فى الشركة ، ورعاية لمصالح الشركة أيضا وهى التى تتوقع من هذا الشريك عملا له أهميته الخاصة ، نرى أنه يجب أن تتوفر فى هذا الشريك سن الثمانية عشر مع الاذن له بمزاولة التجارة .

واشتراط الاذن له بالتجارة ليس معناه أن هذا الشريك يصير تاجرا ، انما هى للتدليل على قدرته فى بذل النشاط الذى يتحمل من أجله تبعة معينة ، هى احتمال فقده لمقابل هذ العمل.

المطلب الثانى
فى الفقه الاسلامى

٢٧٧ — انتهينا فيما سبق الى ما يمكن أن يكون عليه شرط الأهلية فى الشريك بالعمل فى نطاق القانون ، ونبحث هذا الموضوع بين مذاهب الفقه الاسلامى لنخلص منه الى رأى نختاره لأهلية هذا الشريك .

نعرض أولا لأقوال فقهاء المذاهب لنرى ما يشترطه كل منها فى الشريك بالعمل :

يرى الحنفية أن هذا الشريك باعتباره وكيلا يكفى أن يكون مميزا فهم لا يشترطون فيه الا ما يشترط فى الوكيل . والوكيل عندهم لا يشترط فيه أكثر من أن يكون مميزا ، فصاحب الحصة بالعمل انما يتصرف بأمر رب المال [1] . ويقول الكاسانى عن أهلية الوكيل: « أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبى الذى لا يعقل .. وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبى العاقل والعبد مأذونين أو محجورين وهذا عند أصحابنا » [2] .

ويستند الحنفية فى ذلك الى ما أخرجه البيهقى من طريق الواقدى أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبى سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وهو يومئذ غلام صغير .

ويقول الكمال بن الهمام أنهم يضعفون الواقدى خلافا لنا . وفيه دليل على وكالة الصبى العاقل خلافا لهم [3] . وكذلك فان الأصل عند الحنفية أن عبارة المميز معتبرة لوجود أصل العقل لديه ، لكن نفاذ تصرفه يتوقف على اجازة وليه .

والمالكية يشترطون فى صاحب الحصة بالعمل أهلية الوكيل أيضا وعندهم لا يجوز توكيل الصبى [4] . وبصدد الشركة بصفة عامة وان ورد فى شأن شركة العنان يقول صاحب الشرح الكبير : « وانما تصح من أهل التوكيل والتوكل أى ممن فيه أهلية لهما بأن يوكل غيره ويتوكل لغيره وهو الحر البالغ الرشيد » [5] .

والحنابلة يشترطون فى كل شريك أن يكون جائز التصرف ، فقد جاء فى المغنى وهو يتكلم عن القاعدة فى أنواع الشركات جميعا بما فيها شركة المضاربة : « ولا يصح شىء منها الا من جائز الصرف لأنه عقد على التصرف فى المال فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع » [6] .

وبذلك يجب أن يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل بالغا عاقلا رشيدا ، ومع هذا يجوز للمميز المأذون فى التجارة أن يكون شريكا اذا تضمن الاذن — سواء كان صادرا من الولى أو القاضى — هذا النوع من الاتجار . وذلك لأن الحنابلة لا يطلقون الاذن انما يقيدونه بما أذن فيه فقط [7] .

والشافعية يشترطون فى هذا الشريك أيضا أن يكون بالغا رشيدا فيقول صاحب نهاية المحتاج : « وشرطهما أى المالك والعامل كوكيل وموكل لأن المالك كالموكل والعامل كالوكيل » [8] .

ويشترط فى الوكيل عندهم صحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه والا لم يصح توكيله .

« فلا يصح توكيل صبى ومجنون ... فى التصرفات » [9] .

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٦١ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٠ .
(٣) فتح القدير جـ ٦ ص ١٠٣ .
(٤) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٩٧
(٥) بهامش حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٠٥
(٦) جـ ٥ ص ١ .
(٧) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٩ .
(٨) جـ ٤ ص ١٦٧ .
(٩) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٥٨ .

ويقول الطوسى من الشيعة الامامية : « اذا وكل صبيا فى بيع أو شراء أو غيرهما لم يصح التوكيل وأن تصرف لم يصح تصرفه ... دليلنا قوله عليه السلام (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ورفع القلم يقتضى أن لا يكون لكلامه حكم وأنه لا دلالة على صحة هذه الوكالة فيجب بطلانها » (1) .

وبذلك يكون المناط لأهلية صاحب الحصة بالعمل ، التكليف فغير المكلف شرعا لا اعتبار لعبارته عند أصحاب هذا الرأى . فلا يصح للصبى المميز أن يكون شريكا بعمله ، لأنه لا يصح أن يكون وكيلا .

يتضح من هذه النصوص أن الفقه الاسلامى بصدد أهلية الشريك بالعمل يتضمن رأيين : أحدهما وهو رأى الحنفية لا يشترط فيه أكثر من التمييز . والثانى رأى المالكية والحنابلة والشافعية والامامية يرى وجوب أكتمال أهلية هذا الشريك .

وقد تضمنت هذه النصوص لبعض حجج الرأيين ، ولكل منهما سنده .

٢٧٨ — وأرى فى خصوص هذا الشريك أن يكون بالغا رشيدا ، مع اجازة الاكتفاء بالتمييز مع الاذن فى التجارة ، وذلك استنادا الى ما يأتى :

أولا : فى الحالة العادية للوكالة وهى الوكالة المفردة ، أى التى يوكل فيها الشخص لانجاز تصرف معين يكون الوكيل صبيا مميزا ، فهو يحمل تعليمات الموكل وينفذ رغباته ، لكن الوضع يختلف بالنسبة للوكالة التى تتضمنها الشركة ، لا سيما شركة المضاربة ، حيث يتمتع صاحب الحصة بالعمل بسلطة تقديرية واسعة فى التصرف . حتى أن من الفقهاء من منع أصحاب حصص رأس المال من أن يعينوا من يشرف عليه فى تصرفاته ، فصاحب الحصة بالعمل فى حقيقة الأمر مدير الشركة ، وقد يقتضيه ذلك السفر لعقد صفقات لحساب الشركة ، وحينئذ يكون بعيدا عن سلطات واشراف أصحاب حصص رأس المال (2) .

ثانيا : أن المميز غير المأذون له فى التجارة — عند الحنفية — يقف نفاذ تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر على اجازة وليه . وهذا يدل على أنه فى حاجة دائما الى رأى بجوار رأيه يستكمل به نقص أهليته لهذا النوع من التصرفات . فكيف يكون الوضع اذن بالنسبة لصاحب حصة العمل غير المأذون فى التجارة ؟ أعتقد أنه محتاج لمن يأخذ بيده .

صحيح أنهم اشترطوا الاجازة عندما يكون التصرف فى مال المميز . ولكن من الذى يطمئن أن يسلم أمواله الى من يحتاج العون لسلامة تصرفاته . واذا كان اشتراط الاجازة قد قصد به صيانة أمواله ، ألا يكون جهده ووقته فى حاجة الى حماية .

ثالثا : يرى الحنفية أنفسهم أن حقوق العقد ترجع الى الوكيل ويدافعون عن ذلك (1) بأن عقد الوكيل كلامه القائم بذاته حقيقة ، ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة ... ومع ذلك فاذا كان الوكيل صبيا ترجع حقوق ما يبرم من العقود الى الموكل

---

(1) مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٥٠ .

(2) يلاحظ أننا أخذنا برأى الحنفية فى وكالة المميز مع أننا لا نأخذ به فى خصوص أهلية الشريك بالعمل .

(3) راجع البدائع ج ٦ ص ٣٣ .

وليس اليه . ويبررون ذلك بأن رجوع الحقوق الى الوكيل من باب التبرع والصبى ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة . ويروى فى هذا الشأن عن أبى يوسف قولان : « الأول أن العهدة اذا كان الوكيل صبيا على الآمر لا على الصغير . والثانى أنه قال ان كان المشترى يعلم أن بائعه صبى محجور عليه .. كذلك . وان كان لايعلم بذلك ثم علم به كان بالخيار أن شاء فسخ البيع وان شاء أمضاه وكانت عهدته على الآمر (ثم يزيد الطحاوى بقوله) وبه نأخذ [1] .

وهذا الوضع لا يتفق وطبيعة التجارة التى يسعى أصحابها الى اكتساب ثقة الناس وائتمانهم ، كما يسعون الى استقرار معاملاتهم فصاحب الحصة بالعمل يتعاقد باسمه بعيدا عن أرباب المال ، فمن ذا الذى يقدم على التعامل مع هذا الشخص الذى لا تلزمه عهدة ما يبرم من العقود انما تلزم شخصا أو أشخاصا آخرين لا علم له بهم ، وقد يعلمهم ولكن قد تكون بينه وبينهم أسفار بعيدة .

كما أن هذا الوضع قد يدفع الناس الى التعامل مع آخرين يطمئنون الى سلامة تصرفاتهم ، والتزامهم بما يترتب على هذه العقود من واجبات . وهذا من شأنه أن يسبب كساد تجارة يقوم على ادارتها شريك غير كامل الأهلية وغير مأذون له بالتجارة .

رابعا : أن مذهب الحنفية وهو المذهب الوحيد الذى تجوز عنده شركة المفاوضة بالشكل الذى سبق توضيحة عند الكلام عن أنواع الشركات ، وقد اشترطوا فى شركاء المفاوضة البلوغ مع الرشد ، لما فى هذا الشكل من الشركات من مسئولية أشد وأوسع من المسئولية فى غيرها من الشركات . اذن فالمذهب الحنفى لا يأبى زيادة القيود مع زيادة المخاطر .

وكذلك ما يستفاد مما جاء فى مبسوط السرخسى من أن صاحب رأس المال الذى يرتضى أن يتعاقد مع الصبى المميز غير المأذون فى التجارة فانما يكون قد ارتضى بالتعامل معه ولذلك فهو يتحمل نتائج رضاه . وكأن هذا الرأى يذهب الى ترك المسألة الى اتفاق شركاء وما يرتضونه فى الشريك مقدم الحصة بالعمل من أهلية . وهذا ما يقوله السرخسى : « واذا دفع الرجل الى الصبى ... مالا مضاربة فاشترى به فربح أو وضع بغير اذن والد الصبى ... جاز على رب المال والربح بينهما على ما اشترطا لأنه من أهل التصرف لكونه مميزا . وانما يلاقى تصرفه مال رب المال وهو راض بتصرفه . ولو استعان به من غير شرط شىء من الربح له نفذ تصرفه فى حقه فاذا شرط نصيبا من الربح أولى ... والعهدة فى البيع والشراء على رب المال » [2]

وأرى فى هذا الرأى بالنسبة لما يأخذ به من ترك المسألة لما يتفق عليه الشركاء ، وتحملهم نتائج اتفاقهم ، استشعار الخطورة المترتبة على كون الشريك صاحب الحصة بالعمل مميزا غير مأذون له بالتجارة .

خامسا : ان المعاملات لم تعد فى سهولة ويسر ما كانت عليه فى العصور السابقة ، انما هى قد تعقدت وتطلبت تبعا لذلك الحيطة والاحاطة بكثير من الاجراءات وقواعد التعامل. كما ان النفوس قد تغيرت عما كانت عليه نفوس السلف ، وهم الذين كانوا حديثى عهد بصدر الاسلام ، وآثار النبوة كانت لا تزال

---

(1) المرجع السابق .

(2) جـ ٢٢ ص ٥٩ .

حية فى صدورهم . مما يستتبع وضع القيود التى تتلاءم مع ما عليه الناس فى عصرنا . ومع ذلك فقد روى عن الامـــام على رضى الله عنـــه أنه قال « الفقه ثم المتجر » [1] وهـــذا القول قد ابتغى الاحتياط حتى لا يقع الشخص فى حرام . وكيف يكون الصغير ولو كان مميزا فقيها بأصول المعاملات .

لهذه الاسباب أرى ان يكون الشريك صاحب الحصة بالعمل بالغا رشيدا أو على الاقل مميزا مأذونا له فى التجارة . لا سيما اذا كان يتولى أعمال الادارة الخارجية للشركة . أما اذا كان يتولى أعمـــالا تتعلق تالادارة الداخليـــة فقط بحيث لا يكون له تعامل مع الغـــير ، فيكون الاصل فى الاهلية بالنسبة لهذا الشريك التمييز مع الأذن فى التجارة .

---

(1) مجموع الفقه لزيد بن على ص ١٠٣ .

الباب الثانى

دور الحصة بالعمل

خلال حياة الشركة ، وعند فسادها ، وانتهائها

نظام تقديم هذه الحصة

(فى أى الشركات تقدم)

٢٧٩ ــ للحصة بالعمل دور هام فى فترات الشركة المختلفة ، عند مذاهب الفقه الاسلامى فقد رأت هذه المذاهب قصر ادارة الشركة ، لا سيما الادارة الخارجية ، على الشركاء الذين يقدمون أعمالهم حصصا فى الشركة • وترتيبا على هذا الوضع كان لهذه الحصة أدوار أخرى عندما تبطل الشركة وكذلك عندما تنتهى بأسباب الانتهاء العادية •

ونبحث كل دور من هذه الادوار المختلفة فى فصل خاص ، محاولا اجتلاء هذا الدور والأسس التى يبنى عليها • ثم نخصص فصلا رابعا نستبين فيه أنواع الشركات التى يمكن ان تقدم فيها الحصة بالعمل •

الفصل الأول :

دور الحصة بالعمل خلال حياة الشركة

٢٨٠ — رأينا من قبل ان الشريك الذى يقدم عمله كحصة فى الشركة يعتبره الفقه الاسلامى وكيلا دائما وليس موكلا ، أى أنه وكيل عن الشركة حيث ان العمل من جانبه ، والمال من جانب آخر . ومعنى هذا ان من يقدم عمله فى الشركة كحصة فيها يتولى — وفقا لما يراه الفقه الاسلامى — أعمال ادارتها ، وكل ما يلزم للادارة من تصرفات واجراءات .

وقد اتفق فقهاء الاسلام على ضرورة اطلاق يد هذا الشريك فى أعمال الادارة والتصرفات، كما اتفقت غالبيتهم على وجوب وضع أموال الشركة تحت تصرفه واشرافه وحده تمكينا له من التصرف .

ونبحث هذا الدور من حيث مدى حق الشريك بالعمل فى ادارة الشركة ، والسلطات التى تخول له بصفته مديرا للشركة ، وجزاء خروج هذا الشريك عن حدود اختصاصاته وسلطاته . ثم نبحث وضع هذا الشريك من حيث الادارة فى نطاق القانون الوضعى . وأخيرا نبحث الحق فى عزله عن ادارة الشركة .

المبحث الاول
مدى الحق الذى ترتبه الحصة بالعمل فى ادارة الشركة

٢٨١ — أجيزت الحصة بالعمل فى الشركات، رعاية لحاجات الناس ورفع الحرج عنهم حيث وأنه ليس كل ذى مال لديه الاستطاعة لاستثمار هذا المال وتنميته ، فيحتاج حينئذ الى من يستطيع هذا الاستثمار . كذلك ليس كل من لديه الخبرة فى الأعمال التجارية أو الصناعية يستطيع أن يمول أعماله فيحتاج حينئذ الى من يمده بالمال . فالتقاء الطرفين يحقق مصالحهما ويحقق مصالح المجتمع .

ولذلك كانت الحصة بالعمل — فى الفقه الاسلامى — مختصة بالاستقلال بادارة الشركة دون أن ينازعها فى ذلك منازع من أصحاب حصص رأس المال ، ولذلك اشترط الفقهاء اطلاق يد الشريك الذى يقدم الحصة بالعمل فى الادارة . ونعرض لبعض أقوالهم لنتبين هذا الحق ومداه .

يقول الفقيه الحنفى الكاسانى وهو يتكلم عن شروط ركن عقد المضاربة : « تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة . ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده ، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة ... فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله . والفرق ان المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال . فكان هذا شرطا موافقا مقتضى العقد . »[1] وفى الفتاوى الهندية

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٨٤ .

فان شرطا ان يعمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير ، كذا فى الكافى .... ولو وكل رجلا ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل نفسه مع المضارب وشيئا معلوما لنفسه من الربح كان ذلك فاسدا ، كذا فى فتاوى قاضيخان »[٢] .

ومن المالكية يقول الباجى : « ولو شرطا بقاء المال فى يد صاحبه واذا اشترى العامل سلعة وزن واذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك ووجه ذلك ان هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه ، فمنع ذلك صحته .. »[٣] .

ومن الشافعية يقول الانصارى : « وان شرط كون المال فى يد المالك يوفى منه ثمن ما اشتراه العامل أو شرط عمله معه أو مراجعته فى التصرف لم يصح . لفوات استقلال العامل الذى هو شرط فى القراض ، ولانه فى الاولى والاخيرة قد لا يجده عند الحاجة أو لا يساعده على رأيه فيفوت التصرف الرابح . وكالمالك فى ذلك نائبه كمشرف نصبه ... (ثم يقول فى موضع آخر) .. والقراض معاملة يتعلق بها غرض كل من المتعاقدين فمهما كان العامل أبسط يدا كانت افضى الى مقصودهما »[١] .

ويقول الفقيه الزيدى ابن المرتضى : « ولو شرط المالك بقاء المال تحت يده أو أن يراجعه فيما اشترى وباع أو وكيله ، أو ان يتصرف معه فسدت لمخالفة موجبها »[٢] .

أما المذهب الحنبلى ففيه رأيان أحدهما أجازة عمل رب المال مع العامل ، واشاعة المال بينهما ، والثانى عدم جواز ذلك واستقلال العامل بالعمل ، ووضع المال تحت يده وعن ذلك يقول ابن قدامه : « أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ... فهذا جائز ونص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله فى مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة . وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضى وأبو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وابى ثور وابن المنذر . قال ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضى تسليم المال الى المضارب . فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها . وتأول القاضى كلام أحمد والخرقى على أن رب المال عمل من غير شرط . ولنا ان العمل أحد ركنى المضاربة فجاز ان ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضى تسليم المال الى العامل ممنوع انما تقتضى اطلاق التصرف فى مال غيره بجزء مشاع من ربحه . وهذا حاصل مع اشتراكهما فى العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم الى احدهما »[٣] .

وأيا ما كان الأمر فى المذهب الحنبلى فالواضح تماما ان الجميع متفق على اطلاق يد الشريك صاحب الحصة بالعمل فى التصرف، ولكن قد يحدث التساؤل كيف تكون يد هذا الشريك مطلقة فى التصرف فى حين ان صاحب رأس المال يشاركه فيه .

---

(١) جـ ٤ ص ٢٢٢ .
(٢) المنتقى جـ ٥ ص ١٥١ .
(٣) اسنى المطلب جـ ٢ ص ٣٨١ — ٣٨٢ .
(٤) البحر الزخار جـ ٤ ص ٨١ .
(٥) المغنى جـ ٥ ص ٢٤ — ٢٥ .

وعند الامامية ما يقرب مما يراه ابن قدامه ففى مفتاح الكرامة يقول العاملى : « ان يكون المـال مسلما فى يد العامل فلو شرط المـالك أن تكون يده عليه لم يصح . أما لو شرط ان يكون مشاركا فى اليد أو يراجعـه فى التصرف أو يراجع مشرفه فالاقرب الجواز » [1] . وعلى هذا يكون الأصل فى هذا المذهب تسليم المال الى العامل حتى يكون فى حوزته وحده ، أمـا المشاركة فى العمل والتصرف أو المراجعة فلم ينص على أنها جائزة مطلقا ، انما استعمـل تعبير « الأقرب الجواز » ، وهو تعبير غير قاطع .

٢٨٢ — بمراجعة هذه النصوص نجـد ان الجامع بينها هو اطلاق يد الشريك بالعمل فى التصرفات التى تبـرم لحسـاب الشركة . واطلاق اليد هذا تراه الغالبية فى تسليم المال، أى تخلى أصحاب رأس المـال عنه وتقديمـه لهذا الشريك تمكينا له من حرية التصرف . ولعلنا نجد ما يقرب من ذلك فى شركات القانون حيث يكون لمديرى الشركة بصفتهم ممثلين لها مطالبة الشركاء بتقديم حصصهم .

ولهذا الاطلاق أيضا مظاهر تعبر عن وجوده منها عدم اشتراط عمل أصحاب الحصص المالية أو وكلائهم مع الشريك بالعمل بل ان المالكية والشافعية منعوا ان يقوم أصحاب الحصص المالية بمجرد أداء اثمان المشتريـات لان ذلك يؤدى الى بقاء المال تحت أيديهم .

وكذلك عدم اشتراط المراجعة والمقصودبها المراجعة الفورية التى تتم فى كل عمل يقوم به هذا الشريك . لان المراجعة والاشراف بهذه الصورة تعطل اطلاق اليد فى التصرف وتقيده، بل وتمنع استقلال هذا الشريـك فى التصرف وهو شرط صحة فى شركة المضاربة .

فتمكين الشركة من القيام بنشاطها يوجب أولا تخلى الشركاء عن القدر الذى أسهموا به من أموالهم وتقديمه الى الشركة . ثم يقتضى عدم تدخلهم فى ادارة الشركة بجوار من تولى هذه الادارة وهو فى شركة المضاربة ، الشريك بالعمل وحـده دون أصحـاب حصص رأس المال .

على ان عمل أصحاب حصص رأس المـال مع صاحب الحصة بالعمل يكون مقبـولا من جميع المذاهب اذا كان على وجه المساعدة ، ودون ان يكون مشروطا فى عقـد الشركة . فالمنع ينصب على اشتراط الاشتراك فى الادارة والتصرف ، كمـا وضحت ذلك الاقـوال التى أسلفناها . وقد صرح البعض بذلك أيضا . ونكتفى فى هذا الصـدد بقول الكاسـانى : « جواز بيع رب المـال من طـريق الاعانة للمضارب ... (ثم يؤكد حق المضـارب فى الاستقلال بالتصرف وسلطتـه التقـديرية فى الادارة فيقول) ... واذا باع (صاحب رأس المـال) بأقل من قيمته لم يجـز الا أن يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لايتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيـه .... لأنه ليس من الاعـانة ادخـال النقص عليـه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر » [2] .

٢٨٣ — وقد يتعدد الشريك صاحب الحصة بالعمل ولذلك تكون أعمال الادارة لهؤلاء الشركاء

---

(١) جـ ٧ ص ٤٤٦ .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٠٠ ، وراجع فى نفس المعنى المنتقى جـ ٥ ص ١٥٣ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٦٣ .

دون غيرهم • ولا يقلل هذا الوضع من شرط الاستقلال فى الادارة ــ وهو ما حاول ابن قدامة ان يستدل به لاجازة عمل رب المال مع الشريك بالعمل ــ فان هؤلاء الشركاء لهم صفة واحدة ووضعهم له تكييف واحد ، وحقوقهم مستمدة من طبيعة الحصة التي يقدمونها •

واذا تعدد هؤلاء الشركاء فاما أن ينص عقد الشركة على ان يتصرفوا سويا وحينئذ لايجوز انفراد أحدهم بالتصرف • واما ان يحدد العقد لكل منهم اختصاصا يستقل فى نطاقه بالتصرف وحده • وفى ذلك يقول ابن حجر الشافعى : « وان شرط على كل مراجعة الآخر لم يضر •• لانهما بمثابة عامل واحد فلم يناف ما مر من اشتراط استقلال العامل ، ولا قولهم لو شرط عليه مشرفا لم يصح » [1] •

٢٨٤ ــ مما تقدم يتضح ان الفقه الاسلامى فى غالبيته يشترط ان تكون أموال الشركة تحت يد الشريك الذى يقدم عمله حصة فيها ، باعتباره مديرا لها • وانفراده بالتصرفات التى تقتضيها ادارة الشركة وتصريف أمورها •

ولذلك يجب ان تتوافر فى هذا الشريك صفات خاصة من الخبرة فى النشاط الذى تزاوله الشركة أو فى مسائل التجارة أو الصناعة بصفة عامة • فالعمل اليدوى العادى لا يجوز ان يقدم « كحصة عمل ، لانه يقصر بصاحبه عن استطاعة مباشرة مثل هذه الامور التى قد يتوقف عليها نجاح الشركة •

فالشريك بالعمل هو وحده الذى يتولى ادارة العمل ومباشرة التصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة • ولا يقف الامر عند هذا الحد ، بل ان بعض المذاهب يرى ان لا يضيق عليه النطاق الذى يتصرف فى حدوده وان لا ينتقص من سلطة التقدير التى تخول له • ومن الفقهاء من رأى فى شدة التضييق لنطاق سلطة التقدير ما يخرج عقد شركة المضاربة عن ان يكون شركة ، الى ان يكون اجارة مجهولة العوض •

ولعل فى هذا ما يدل على ما يتمتع به عنصر العمل فى الفقه الاسلامى من تقدير واعتبار• ونعرض لبعض الاقوال الخاصة بالقيود التى يمكن ان ترد على حرية صاحب الحصة بالعمل فى التصرف لتوضيح سلطته فى التقدير ومداها •

يقول الباجى عن ذلك : « قال مالك ولايجوز لرجل ان يشترط على من قارضه ان لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز • لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف ••• واحتج مالك فى ذلك بأنه اذا عين له هذا التعيين فانما هو رسول ، لان العامل فى المال التصرف وطلب الاسترخاص» [2] •

ومن الشافعية يقول صاحب نهاية المحتاج : « ولا يجوز ان يشترط عليه متاع معين كهذه الحنطة ••• أو شراء نوع يندر وجوده ••• أو معاملة شخص بعينه ••• لاخلاله بالمقصود بسبب التضييق ••• والاوجه فى الاشخاص المعينين انهم ان كانوا بحيث تقضى العادة بالربح معهم لم يضر ، والا ضر » [3] •

أما الحنفية والحنابلة فباعتبار ان الشركة يمكن تقييد نشاطها بنوع معين أو زمن معين

(١) تحفة المحتاج ج ٢ ص ٤٢١ . ونفس المنى المبسوط ج ٢٢ ص ٤٤ ، الشرح الكبير وحاشية ج ٣ ص ٤٦٥ ، المغني ج ٥ ص ٣١ .

(٢) المنتقى ج ٥ ص ١٦٣ .
(٣) ج ٤ ص ١٦٤ .

أو مكان معين ، فيكون من الجائز تقييدهـا بشخص معين أو سلعة معينة • وانما تحكمهم فى ذلك القاعدة العامة فى القيود وهى شرط الفائدة فيقول الكاسانى : « والأصل ان القيد ان كان مفيدا يثبت لأن الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبى صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الأصل المعهود فى المطلق اذا قيد ببعض المذكور ، انه يبقى مطلقا فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه أنه يبقى عاما فيما وراءه • وان لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم » [1] •

وتطبيقا لهذه القاعدة العامة على تقييد التعامل مع الاشخاص يقول أيضا : « ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس فى الثقة والامانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أسهل فى البيع وقد يكون أوثق على المال ••• كالتقييد بنوع دون نوع » [2] •

فالمعيار اذن هو تحقيق الفائدة فى كل قيد يقيد به نشاط صاحب الحصة بالعمل وتقديره فى كل ما يقوم به لحساب الشركة • فاذا كان القيد الذى يرد على سلطته التقديرية فى التصرفات لا يتوقع منه — بحسب المعتاد — اية فائدة كان قيدا لاغيا ، وتتحرر منه حرية هذا الشريك فى التصرف •

ويقول ابن قدامه بصدد هذه القيود : « انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا فى نوع يعم وجوده ، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه فى رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة » [3] •

٢٨٥ — على ان الذى يتضح من هذا الخلاف بين المالكية والشافعية من ناحية ، وبين الحنفية والحنابلة من ناحية أخرى ، ان مبعثه الحرص — عند كلا الجانبين — على فائدة الشركة والشركاء مع كفالة حرية صاحب الحصة بالعمل فى التصرف • فالجميع متفقون على التوفيق بين هذين الأمرين • ولذلك منعوا ما رأوا فيه تقييدا لسلطة التقدير لدى الشريك بالعمل يترتب عليه ضرر يلحق الشركة والشركاء [4] •

فالخلاف اذن ينحصر فيما يعتبر مقيدا لحرية التصرف مانعا من فائدة الشركة والشركاء• وليس الخلاف فى مبدأ التقييد ذاته أو عدمه• فالجميع يرى أن يكون لصاحب الحصة بالعمل حرية فى التصرف وسلطة فى تقدير نشاطه ونتائجه • لكن ليس معنى ذلك لاسيما وان أصحاب رأس المال ممنوعين من التدخل فى الادارة أن يحرموا أيضا حق الاشراف العام على مجريات الأمور • وهذا بخلاف الاشراف على كل تصرف على حدة •

فالاشراف العام حق وأول طريق لتحقيقه هو الشروط المحددة لنطاق التصرفات ونطاق حرية التقدير • بل ان حرمانهم من التدخل فى الادارة يقتضى ان يكون لهم الاشراف العام — فأموال الشركة هى فى الحقيقة أموالهم — وهذا ما نلمحه من تقرير الحق فى عزل صاحب الحصة بالعمل عن التصرف •

اذا كان الامر كذلك فتكون الشروط المحددة لنطاق التصرف وحرية التقدير هى الوسيلة

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٩٨ •
(٢) المرجع السابق ص ١٠٠ •
(٣) المغنى جـ ٥ ص ٦٢ •
(٤) كالتقييد بقصر نشاط الشركة فى سلع يندر وجودها •

لتحقيق الاشراف العام على ادارة الشركة وبالتالى التمهيد الضرورى أو الاجراء المبدئى لاستعمال الحق فى العزل عن التصرف ، واخيرا فهم يستطيعون فسخ العقد ، اذ ان الشركة من العقود الجائزة غير اللازمة فى الفقه الاسلامى ، فيجوز فسخها بالارادة المنفردة • كما ان هذه الشروط تحقق من ناحية أخرى ما يعرف حاليا بنظام التخصص، حيث نرى قيام شركات تتخصص فى تجارة نوع معين من السلع ، أو انتاج هذا النوع وتسويقه • كما نرى الكثير من البيوت التجارية تقصر نشاطها على عملاء معينين سواء كانوا فى الداخل أو الخارج • وعلى هذا يكون تقييد النشاط بسلعة معينة أو بعملاء معينين وهو ما يأخذ به كل من المذهب الحنفى والمذهب الحنبلى محققا فوائد للشركة كما نلمح فيه أسسا أو أصولا لنظم حديثه فى التجارة •

٢٨٦ — من ذلك يتأكد ان الشريك الذى يقدم عمله حصة فى الشركة يختص بادارة الشركة وحده أو يشترك معه فى هذه الادارة شركاء آخرون يقدمون حصصهم عملا •

ويتمتع هذا المدير بسلطة تقديرية واسعة فى حدود النطاق المحدد لنشاط الشركة،بحيث منعت عنه المراجعة الفورية لكل ما يبرم من العقود •

وباعتبار ما هو مقرر فى غالبية المذاهب من قصر الادارة على مقدم الحصة بالعمل وجعلها حقا له دون أن يكون لأصحاب رأس المال حق فيها ، ومنع هؤلاء الشركاء من الادارة ومن التصرفات بصفة عامة لحساب الشركة ، يفترق عن المنع الذى يقع على الشركاء غير المديرين فى شركات اقانون الوضعى من التدخل فى الادارة •

ذلك ان هذا المنع القانونى انما ينصب على غير المديرين ، والمديرون وكذلك غيرهم قد يكونون من الشركاء بالعمل أو من الشركاء أصحاب الحصص المالية • وينحصر هذا المنع فى أنه اذا أختير المدير امتنع على الشركاء الآخرين ان يتدخلوا فى الادارة ، وذلك بقصد انتظام العمل وحسن سير الادارة •

ولكن الفقه الاسلامى يحرم — من حيث الأصل — الشركاء الذى يقدمون الحصص المالية فى شركات المضاربة من الحق فى الادارة، ويجعل هذا الحق خالصا للشركاء بالعمل دون غيرهم وهذا على خلاف الوضع فى شركات الأموال فى الفقه الاسلامى اذ ان الادارة من حق الشركاء الذين يقدمون المال ، حيث أن المال يقدم ليعمل فيه جميع الشركاء • ولهؤلاء الحق فى الاتفاق على انابة أحدهم أو بعضهم فى القيام عنهم بالادارة •

وبذلك يفصل الفقه الاسلامى فى شركات المضاربة بين الادارة وبين ملكية رأس المال، فيعتبر أول من وضع الاصول الاولى والقواعد الاساسية ، منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا ، لفكرة فصم الرابطة بين الملكية والادارة [١]•

هذه الفكرة التى لم تهتد اليها القوانين الوضعية الا فى القرن العشرين ، والتى يعتبرها الشراح مظهرا يعبر عن تطور اجتماعى شامل [٢] •

---

(١) تقوم ادارة الشركات لا سيما شركات المساهمة على أساس مبدأ ارتباط الادارة بالملكية فلا يجوز لغير حملة الأسهم ان يشاركوا فى الادارة وكذلك يرتبط مدى هذه المشاركة بقدر كمية الأسهم .. ومبدأ ارتباط الادارة بالملكية هو المبدأ التقليدى الذى عاشت فى ظلاله ادارة الشركات منذ أن عرفها القانون الوضعى .

(٢) أكثم الخولى مقال تطور القطاع العام ، مستخرج من مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة ٦ العدد ٣ بند ٧ .

المبحث الثانى
السلطات المخولة لصاحب الحصة بالعمل بصفته مديرا

٢٨٧ — المدير فى أى شركة له مباشرة جميع أعمال الادارة والتصرفات المتعلقة بها ، ويتفق القانون الوضعى مع الفقه الاسلامى فى ذلك • فللمدير فى حدود أغراض الشركة القيام باستيفاء الحقوق والوفاء بالديون • وان يعين العمال ، ويستأجر الاماكن ، وان يقوم أو على الاقل يشرف على شراء السلع وبيعها ، وتسويق منتجات الشركة • وعليه ان يقوم بهذه الاعمال متوخيا العناية المطلوبة وهى عناية الرجل المعتاد •

والفقه الاسلامى — وهو يعطى الشريك بالعمل الحق فى الادارة — يجيز له سلطات أخرى تنقسم الى ثلاثة أقسام تبعا لأهميتها وخطورتها ، وعلى ذلك تدرج فى المصدر الذى تخول به هذه السلطات ، فمن مطلق العقد الى التفويض العام الى الاذن الخاص •

ونجد فى المذهب الحنفى تفصيلا شاملا لهذه السلطات ، ولذلك سأتخذ ما جاء فى هذا المذهب أساسا فى عرض هذه السلطات ، مع ذكر موقف بقية المذاهب من كل منها •

٢٨٨ — يقسم المذهب الحنفى سلطات الشريك بالعمل بحسب الشركة التى يقدم عمله فيها ، وهل هى مطلقة أو مقيدة ، أو بمعنى آخر هل هى شركة مقيدة بنشاط معين، أو بوقت ومكان معينين ، أم هى شركة لاتتقيد بأى تخصيص من هذه المخصصات •

والشركة المطلقة كما يقول الكاسانى هى « •• من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله ••• (وأما المقيدة فهى) •• ان يعين شيئا من ذلك » [(١)] •

فشركة المضاربة قد تكون مقيدة بنوع نشاط أى تكون مختصة بالعمل فى نوع معين من أنواع التجارة ، وقد تكون معينة المكان وذلك كما اذا اتخذت لنشاطها مركزا فى بلد معين ، أو بلاد معينة • أما التقييد بصفة العمل والمتعامل معه ، فهو تقييد يتعلق بنطاق الحرية التى يزاول فى حدودها هذا الشريك نشاطه ، ويبذل جهوده مع مراعاة القيود التى يتفق الاطراف على تقييد نشاط الشريك بالعمل فيما وردت بشأنه هذه القيود كالمنع من السفر أو البيع بالاثمان المؤجلة ••• الخ •

ونتكلم فى الأقسام الثلاثة من السلطات المخولة للشريك بالعمل بالنظر الى مصادرها ونخصص مطلبا لكل قسم منها •

المطلب الاول
السلطات المخولة بمطلق العقد

يخول عقد الشركة لمديرها القيام بالأعمال الادارية العادية — كما سبق ان ذكرنا — ويخول أيضا بالاضافة الى ذلك مباشرةالاعمال المتصلة بتنفيذ أغراض الشركة ومنها :

٢٨٩ أولا — البيع نسيئة : وهو البيع بأثمان مؤجلة ، ولا شك ان التجارة فى غالب عملياتها تتم بالبيع المؤجل ، ولذلك نرى القانون التجارى ييسر الائتمان ويقويه ، وكذلك يضع الضمانات لحمايته •

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٧ .

وفى المذهب الحنفى خلاف حول المصدر الذى ينشأ عنه الحق فى اتخاذ هذا التصرف ، بين الامام ابى حنيفة وصاحبيه • فهو يرى انه يدخل ضمن سلطات هذا الشريك التى يخولها له مطلق العقد بينما يرى الصاحبان ان هذا التصرف يخرج عما يخوله مطلق العقد• وعن ذلك يقول الكاسانى : « وأما بيعه فعلى الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم فى التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة •• فى قول أبى حنيفة فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة• وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة •• » [1] •

أما المالكية والشافعية فيرون أنه يجب ان يصدر الى الشريك بالعمل بصفته مديرا اذن خاص بذلك من الشركاء • فلا يخول هذا التصرف بمطلق العقد • ويعلل المالكية ذلك بان عقد المضاربة يقتضى الامر بالبيع والشراء فلم يقتض مطلقه الاجل كالوكالة على البيع والشراء [2] • والشافعية يرون ان البيع بالنسيئة ينطوى على الغرر [3] ، فالبيع بالآجال يتضمن خطورة ما ، نظرا لما يتهدد أثمان البيع من مماطلة أو تسويف • ولذلك يواجهون هذه الخطورة بوجوب صدور الاذن الخاص بهذا الاختصاص ، حتى يكون أرباب الأموال على بينة مما يجرى التصرف فى أموالهم • وهذا الاشتراط انما يكون على حساب العادات التجارية والنشاط التجارى، وهو نفس ما يقال بالنسبة لرأى صاحبى أبى حنيفة والمالكية أيضا حيث يرون تطبيققواعد الوكالة على الشريك بالعمل وهو يقوم بادارة الشركة عن بقية الشركاء ، ولقد سبق ان بينت فروقا جوهرية بين وكالة هذا الشريك والوكالة العادية ، ولقد وضح طبيعة كل منهما، بحيث يظهر هذا الشريك فى مركز خاص يستعصى على قواعد الوكالة العادية •

ويقول صاحب شرح منتهى الارادات من الحنابلة ان للشريك بالعمل « بيع وشراء ، وأخذ وعطاء ، ورد بعيب وبيع نساء •• » [4] وبذلك يتفق المذهب الحنبلى مع ما يقول به أبى حنيفة •

ويروى ابن قدامه رأى المالكية والشافعية ورأى أبى حنيفة ويقول انه « اختيار ابن عقيل •• (ثم يسوق المبررات مناقشا الرأى المخالف لاعطاء الشريك بالعمل الحق فى اتخاذ هذا التصرف بمطلق العقد) فيقول لأن اذنه فى التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار • ولانه يقصد الربح فى النساء أكثر • ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وانما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى • ولان الوكالة المطلقة فى البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزه ، فلم يجز تأخيره » [5] •

٢٩٠ — وهكذا يفصل ابن قدامه ما يؤيد وجهة نظر القائلين بتخويل مطلق عقد الشركة هذا التصرف للشريك بالعمل باعتباره مديرا للشركة • فاذا لم ينصرف العقد الى العمل فى التجارة المعتادة لم يكن موافقا لما يقتضيه هذا العقد باعتباره مصدرا لنشاط تجارى• والجميع متفقون على ان العمل الذى يقوم به صاحب الحصة بالعمل هو التجارة•والعرف السائد فى محيط التجارة يحدد بلا شك نطاق

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٧ .
(٢) المنتقى ج ٥ ص ١٧٥ .
(٣) راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٩ .
(٤) بهامش كشاف القناع ج ٢ ص ٢١١ .
(٥) المغنى ج ٥ ص ٣٥ .

التصرفات التجارية ، وما يعتبر من هذه التصرفات من عادة التجار وما لا يعتبر كذلك. فما لم يتفق صراحة على عدم التعامل بالنسيئة يظل العرف سارياعلى هذا العقد وعلى مايخوله من سلطات واختصاصات . فيتحدد به مقصود الشركاء . ولذلك يكون البيع بالاثمان المؤجلة — وفقا لذلك — جائزا بحسب العرف السائد بين التجار .

كما أوضح ابن قدامه — بحق — الفرق بين مهمة كل من الوكيل وصاحب حصة العمل، مع ان كلا منهما وكيل . الا ان لكل واحد منهما وجهةومقصدا يختلفانويتغايران عنوجهة ومقصد الآخر ، ويترتب على ذلك تحديد مدى ما يخول لكل منهما من تصرفات .

٢٩١ — ثانيا : الايداع والرهن والارتهان: يرى الحنفية ان الشريك صاحب الحصةبالعمل يخوله مطلق العقد ايداع أموال الشركة لان ذلك مما تحتاجه التجارة ومما يقع بين التجار. كما يجوز له بموجب عقد الشركة ان يرهن أو يرتهن فى ديون الشركة وحقوقها . وفى ذلك يقول الكاسانى : « وله ان يودع ... (لان الايداع) من عادة التجار ومن ضرورات التجارة ... وله ان يرهن بدين عليه فى المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها » [٣] .

ويقول المالكية عنالايداع أنهمخول لصاحب حصة العمل اذا اضطر اليه وذلك قياسا على ايداع المودع لديه عند غيره ، فقد جاء فى المدونة : » أرأيت العامل أله ان يستودع المال القراض قال لا يكون له ذلك الا ان يكون على وجه خوف أو انما فعله نظرا لخوف تخوفه بمنزلة الوديعة تكون عند الرجلومنزله معور »[٢] . وفى موضع آخر يعطى التبرير لذلك بقوله : « لان رب المال لم يأذن له فى ذلك » [٣] .

وبهذا فلابد عند المالكية — من حيث الأصل — ان يصدر اذن خاص يخول المضارب ايداع أموال الشركة . وله أيضا أن يودع هذه الأموال ولو لم يصدر بهذا الاجراء اذن اذا تخوف على هذه الاموال .

والزيدية يرون أيضا ان للشريك بالعمل ان يودع مال الشركة اذا رأى حاجة تدعو اليه [٤] .

وعند الحنابلة يخول الشريك بالعمل بمطلق العقد ايداع أموال الشركة لان ذلك من عادة التجار وكذلك يخول الرهن والارتهان ، لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء، وهو يملكها فكذا ما يراد لهما . وهو فى ذلك كشريك شركة العنان [٥] .

هذا ولم أجد عند الشافعية أو المالكية — فيما اطلعت عليه من كتبهم — نصا صريحا بشأن تخويل صاحب الحصة بالعمل سلطة اجراء الرهن أو الارتهان فى ديون الشركة وحقوقها .

ولعلهم تركوا هذا الامر للعرف السائد بين التجار يحدد ما اذا كان له الحق فى ذلك ام لا، اذ نجدهم يتكلمون فى مواضع مختلفة عن قيام هذا الشريك بما جرت العادة به [٦] .

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٨ .

(٢) ج ١٢ ص ١٠٤ .
(٣) المرجع السابق ص ١٠٣ .
(٤) راجع البحر الزخار ج ٤ ص ٨٣ .
(٥) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٦ .
(٦) راجع على سبيل المثال الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٤٥٨ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٢ .

٢٩٢ ــ اذا كان المذهب الحنفى والمذهب الحنبلى يقرران تخويل الشريك صاحب الحصة بالعمل باعتباره مديرا سلطة الايداع والرهن والارتهان بمطلق عقد الشركة ، ودون حاجة الى صدور اذن خاص بذلك فانما يتمشى هذان المذهبان مع حاجة التجارة ، ومقتضيات العمل التجارى الذى سبق ان رأينا التداول التجارى فيه بأثمان مؤجلة ، فاذا كان هذا التداول موثقا برهن فانما يكون ذلك من مصلحة الشركة ذاتها لانه يحافظ على أموالها ، ويخول طريقا آمنة للحصول على مالها لدى الغير • وكذلك الحال اذا اشترى هذا الشريك لحساب الشركة سلعا دون أن يسدد ثمنها حالا ، وطلب آجالا فى ذلك وهو ما يتم عادة بين التجار ، فاذا رهن شيئا من أموال الشركة فى ذلك ، فانما هو يقوى بهذا الرهن ائتمان الشركة ، ويؤكد الثقة فيها ، ويجذب المتعاملين معها • فكأن هذين الاجراءين انما تتحقق بهما مصالح الشركة •

أما عن الايداع وهو يخول أيضا عند الحنفية والحنابلة بمطلق العقد وكذلك يخوله عند المالكية والزيدية اذا خاف على المال • ولعل ما يراه الحنابلة والحنفية هو ما يتفق ومقتضيات التعامل لا سيما فى عصرنا الحديث• حيث لا توضع مبالغ كبيرة فى حوزة مديرى الشركات خوفا على هذه الاموال ، وتجرى العادة حاليا بايداع أموال الشركة فى أحد البنوك بل ان القانون يستلزم ذلك بالنسبة لبعض الشركات ، كشركات المساهمة مثلا •

أما عن اشتراط وجود الخوف على أموال الشركة ليودعها الشريك بالعمل اذا لم يكن قد صدر له اذن من قبل ، فنستطيع القول ان هذا الخوف متحقق دائما فى عصرنا الحاضر • وعلى ذلك فسينتهى الامر بامكان ايداع أموال الشركة وفقا لكلا الرأيين •

٢٩٣ ــ ثالثا ــ السفر للتجارة بأموال الشركة : يرى الحنفية أيضا أن مطلق العقد يخول صاحب الحصة بالعمل السفر بأموال الشركة سعيا وراء تحقيق الربح ، وان خالف أبو يوسف فى رواية عنه فى ذلك • ويفصل الكاسانى ما يراه المذهب بقوله : « وللمضارب ان يسافر بالمال ••• ولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجرى على اطلاقه ••• وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف فى رواية محمد عنه ، وفى رواية أصحاب الاملاء عنه ، ليس له ان يسافر • وروى عنه انه فرق بين الذى يثبت فى وطنه وبين الذى لا يثبت• وبين ماله حمل ومؤنه وبين من لا حمل له ولا مؤنه فى الشركة ، فالمضارب على ذلك[1] »•

وأرى ان قول أبى حنيفة ومحمد ، وما رواه محمد عن أبى يوسف هو الاقرب لضرورات التجارة ، أما ما يروى عن أبى يوسف من أنه يفرق بين الأموال من حيث ما له حمل ومؤنه، فان العصر قد قضى بيسر مواصلاته على أسباب هذه التفرقة ، هذا من ناحية كما أن عمل البنوك بالنسبة للاموال المودعة فيها ، ومن حيث امكان تحويلها من بلد الى آخر قد رفع الكثير من متاعب السفر بالمال محمولا مع الاشخاص •

وعند المالكية خلاف فى جواز السفر ومطلق العقد أيضا ، فمنهم من قال بجوازه ، ومنهم من اشترط الاذن ، ويروى الباجى هذا الخلاف قائلا : « وقد اختلف أصحابنا فى مطلق عقد القراض هل يقتضى السفر بالمال ، فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك مباح للعامل بمطلق العقد ••• وقال ابن حبيب ليس له ذلك الا باذن رب المال ••• ووجه القول الاول ان اسم العقد مأخوذ منه لان المضاربة مأخوذة

(١) البدائع جـ ٦ ص ٨٨ .

من الضرب فى الارض،قال الله تعالى(وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله) فاذا كان معنى المضاربة السفر ، فمحال ان ينافيه مطلق عقد المضاربة • ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية ، أصل ذلك سائر أنواع التجارة • ووجه القول الثانى ان هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء » [1] •

واضح ان حجة الرأى الاول أقوى اذ أنه يتخذ سنده من طبيعة العقد وعادات التجار، ومتطلبات التجارة وتنمية المال ، هذا بالاضافة الى أنه أخذ من تسمية العقد ما يدل على بعض وسائله ، فالمضاربة هى السعى والسفر فى أرض الله ، وتسمية عقد بهذا الاسم ، يدل على ان من مقاصده الاصلية السفر والسعى تحقيقا لمعنى هذا الاسم •

والى جانب قوة حجة الرأى الاول تبدو حجة الرأى الثانى ضعيفة واهية لاسيما أنه يحاول تطبيق قواعد الوكالة العادية على الشريك بالعمل • ونرى انه لا مجال للاخذ بهذا السند بعد ان وضحت الفوارق الكبيرة بين وكالة كل من الوكيل والشريك بالعمل •

أما الشافعية فيشترطون صدور الاذن الخاص بالسفر ، فهم لا يرون ان مطلق العقد يخول صاحب الحصة بالعمل ان يسافر للتجارة بأموال الشركة • ويقول صاحب نهاية المحتاج فى هذا الصدد : « ولا يسافر بالمال بلا اذن وان قربت المسافة وأمن الطريق وانتفت المؤنة ، لان السفر مظنة الخطر » [2] •

(۱) المنتقى جـ ٥ ص ۱۷۳ •
(۲) جـ ٤ ص ۱۷۱ •

وكذلك يشترط الامامية ان يصدر الاذن لاجازة سفر هذا الشريك بأموال الشركة • [3]

وعند الحنابلة يوجد وجهان أولهما لا يجيز السفر الا اذا أمن خطر الطريق • والثانى لا يقيد السفر بأى قيد ويرى جوازه هو أصل المذهب ويتخذ سندا له اعتياد التجار السفر من أجل التجارة • بالاضافة الى القياس على ما يبيحه عقد الوديعة • ويروى ذلك كله ابن قدامه قائلا : « له السفر به اذا لم يكن مخوفا • قال القاضى قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة ••• لان الاذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة ، والعادة جارية بالتجارة سفرا وحضرا••» [4]•

وكذلك يرى الزيدية ان لهذا الشريك ان يسافر بأموال الشركة اذا ظن سلامتها [5] •

۲۹٤ ــ لازال المذهب الحنفى هو الذى يحافظ على ما تقتضيه التجارة من حركة ، فقد أباح أبو حنيفة ومحمد ورواية عن ابى يوسف السفر بأموال الشركة بموجب عقدها ، واتفق معهم فى ذلك رأى عند المالكية قيل انه المشهور من المذهب المالكى وكذلك رأى عند الحنابلة قيل انه الاصل فى المذهب •

ونادرا ما يجد الانسان تجارة تأخذ مجالها فى مكان واحد تستقر فيه ، الا اذا كان أصحاب هذه التجارة يقصر عندهم الطموح ، ومن ناحية أخرى غالبا ما يكون شأن هؤلاء هو شأن الافراد القليلين ، أما النشاط الذى يتكون من أجله شركة يدل بذاته على انه نشاط واسع تقصر عنه جهود الفرد أو الافراد القلائل وكذلك

(۳) راجع مفتاح الكرامة جـ ۷ ص ٤٧٤ •
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٣٦ •
(٥) البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٣ •

امكانياتهم المالية • فالشركات تكون من أجل أعمال ضخمة وكلما امتدت رقعة نشاطها كلما زادت فرص الربح •

لذلك كان السفر والتنقل من أجل النشاط التجارى للشركة ، هو من الأعمال الاساسية التى يقوم عليها الغرض فى نجاح الشركة •

لذلك كان توقف السفر على الاذن هى مسألة من قبيل الافراط فى الحذر والحيطة ، ويمكن الاخذ بالفكرة التى يقول بها الحنفية وهى اعتبار السفر فى مثل هذه الشركات مخول بمطلق العقد لا سيما وقد رأينا ان تسمية العقد ذاته فيها معنى السفر والسعى من أجل الرزق ، ويستطيع الشركاء مع هذا الاتفاق على المنع من السفر أو على الاقل وضع القيود على هذا الحق كالرجوع اليهم مثلا كلما رأى الشريك صاحب الحصة بالعمل ان هناك داع لسفره من أجل أعمال الشركة •

ويتفرع على حق الشريك بالعمل أو بمعنى آخر على تخويله سلطة السفر من أجل أموال الشركة موضوع كان محل نقاش بين الفقهاء، وهو موضوع نفقته فى حال السفر ، وهل له ذلك أم لا وان كان له النفقة فما هى حدودها• ونبحث الحق فى النفقة من حيث المصدر المنشىء له فى فرع خاص ، ثم حدود هذا الحق وما تستقر فيه النفقة من مال الشركة أو الربح فى فرع ثان •

الفرع الاول
نفقة صاحب الحصة بالعمل

٢٩٥ — رأينا ان الشريك صاحب الحصة بالعمل بصفته مديرا للشركة يسعى لصالحها، له ان يسافر من أجل تجارتها سواء كان ذلك مخولا له بمطلق العقد ، أو بالاذن يصدر من بقية الشركاء •

ويستلزم السفر أعباء غير عادية ، منها أعباء مالية يتحملها الشريك فى سفره ، لم يكن ليتحملها بحسب العادة فى اقامته ، لذلك بحث فقهاء المذاهب الاسلامية حق هذا الشريك فى نفقته ، وهل هى مستحقة له فى سفره واقامته أم فى سفره فقط ، وهل يستحقها بموجب الشرط الصريح أو بمجرد أنه يعمل لحساب الشركة • ونعرض فيما يلى لاقوال فقهاء المذاهب بهذا الصدد لنتبين منها الوجهة الغالبة فى الفقه الاسلامى بحيث يمكن ان تكون تعبيرا عما يراه هذا الفقه •

فالحنفية يرون ان صاحب الحصة بالعمل يستحق بعمله النفقة والربح ، ويرون ان النفقة واجبة له اذا تحقق شرطها وهو السفر بمال الشركة • ويرون ان قرائن الحال تدل على الاتفاق المسبق بين الشركاء على ان تكون نفقة هذا الشريك اذا سافر من أجل أعمال الشركة فى أموال الشركة • وفى ذلك يقول صاحب البدائع مبينا رأى المذهب الحنفى :

« ••• أما الوجوب فلان الربح فى باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم ، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه ••• فكأن أقدامهما على هذا العقد والحال ماوصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة ، فكان مأذونا فى الانفاق دلالة• فصار كما لو اذن له به نصا ، ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب لا محالة •••

وأما شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذى أخذ المال منه مضاربة ، سواء

كان المصر مصره أو لم يكن ... فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر » [1] .

وهذا ما يقول به الزيدية والامامية [2] .

أما المالكية فقد اشترطوا لوجوب النفقة شرطا آخر على ما يشترطه الحنفية من وجوب السفر بالمال ، هذا الشرط الزائد هو ان يكون المال بالقدر الذى يحتمل النفقة . فاذا كان مال الشركة قليلا لا يحتمل النفقة فلا تجوز لهذا الشريك ولو مع سفره بالمال . وعن ذلك يقول الباجى : » وليس للمقارض ان يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقيما فى أهله. انما يجوز له النفقة اذا شخص فى المال وكان المال يحمل النفقة . فان كان انما يتجر فى المال فى البلد الذى هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة » [3] .

وعند الشافعية نجد خلافا حول وجوب النفقة للشريك بالعمل يرويه الشيرازى فى مهذبه فيقول : « ... فان أذن له فى السفر فقد قال فى موضع له ان ينفق من مال القراض وقال فى موضع آخر لا نفقة له . فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحدا ، لان نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة . وتأول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال فيه قولان أحدهما لا ينفق لما ذكرناه . والثانى ينفق لان سفره لاجل المال فكان نفقته منه كأجرة الجمال .. » [4] .

وعند الحنابلة لا تجب له النفقة ولو سافر بالمال مالم يتم الاتفاق عليها . فاذا لم تشترط النفقة اتفاقا فلا يجوز له ان ينفق من مال الشركة شيئا ولو سافر من أجل أعمال الشركة. كما انها قد تشترط فى حالى الاقامة والسفر على سواء . وعن ذلك يقول ابن قدامه : «ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر ، وأجر الطبيب وثمن الطب . ولانه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ... فأما ان اشترط النفقة فله ذلك .... ويقول فى موضع آخر ... واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان فى الحضر أو السفر .... ان التجارة فى الحضر أحد حالى المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة فى مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها فى الوكالة » .

٢٩٦ — من عرض النصوص السابقة رأينا ان الحنفية يشترطون لوجوب النفقة ان يسافر الشريك صاحب الحصة بالعمل من أجل أعمال الشركة ، فمجرد سفره يوجب له هذه النفقة، فلا يتحملها فى مال نفسه انما هو ينفق من أموال الشركة . ذلك أنه انما يعمل فى مقابل قد يتحقق وقد لا يتحقق فكيف يحملونه عبء النفقة وقد لا يكسب شيئا من عمله فى الشركة؟ أما ما يذهب اليه المالكية من اشتراط كون مال الشركة الذى سافر من أجل العمل فيه كثيرا بحيث يحتمل النفقة فان ذلك قد يترتب عليه الضرر بهذا الشريك الذى يتحمل أعباء غير عادية فى سفره . وما دام المرجع فى سفره انما هو الاذن سواء كان ذلك بمطلق العقد والذى يستفاد منه دلالة ، أو هو بالاذن الصريح من الشركاء . فيجب ان تكون هذه الاعباء المالية فى أموال الشركة وليست فى أموال هذا الشريك الذى لم يسافر لغرض سوى أغراض

---

(١) ج ٦ ص ١٠٥ .

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٨ ، مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٤٨ .

(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٧١ .

(٤) ج ١ ص ٣٩١ .

(٥) المغنى ج ٥ ص ٣٧ و ٦٤ .

الشركة . أما قول الحنابلة بأن نفقته تجب عليه فى سفره شأنها شأن نفقته فى اقامته ، فانه قول محل نظر ، ذلك ان نفقة السفر لا تماثل بحسب العادة نفقة اقامة الشخص فى بلده وبين أهله . وما دام هذا المذهب قد أجاز الاتفاق على اشتراط النفقة حتى ولو كان فى حال الاقامة ، فلقد كان من الاولى ان تجب له النفقة فى سفره دون حاجة الى شرط جديد، اعتبارا بأن سفره سواء كان بالاذن الخاص أو بموجب العقد يعتبر نتيجة اشتراط مسبق أو اتفاق ، وما دام وجد الاتفاق على السفر فكأنه قد تضمن الاتفاق على ما يتفرع عنه .

٢٩٧ — هذا عن وجوب النفقة للشريك صاحب الحصة بالعمل ، والحقيقة انها لا تعدو ان تكون من نفقات الادارة التى يضطر اليها الشريك بالعمل فى ادارته للشركة ، ويحتاجها اذا خرج فى سفر يخص تجارة الشركة وأعمالها ، وان سميت نفقة نفسه . ذلك أنه اذا خرج من بلده مسافرا تحمل أعباء غير عادية تزيد فيها نفقته على ما ينفقه عادة فى اقامته فى بلده وبين أهله . لذلك كان يجب أن تقع هذه النفقة فى أموال الشركة .

كما أنه اذا لم توجب له النفقة لتحمل عبئا ماليا جديدا — اذا تحققت خسارة — فوق فقده لنصيبه الذى كان يترقبه من الربح. هذا بالاضافة الى ان الربح مقابل عمل ، والسفر يعتبر مشقة زائدة فى البدن والمال ، فيجب ان يحمل عنه عبؤه المالى . ولذلك كان المذهب الحنفى وما وافقه من الآراء فى المذاهب الاخرى أكثر توفيقا بشأن هذه النفقة سواء من حيث وجوبها أو من حيث سنده فى هذا الوجوب . بحيث يمكن اعتبار هذا الرأى اتجاها عاما للفقه الاسلامى .

الفرع الثانى
مدى الحق فى النفقة والمال الذى تستقر فيه

٢٩٨ — لم يترك علماء المذاهب مسألة النفقة عند تقرير مبدأ الحق فيها ، بل بحثوا أيضا فى مدى هذه النفقة ، وحسنا فعلوا ، لان ذلك مدعاة لحسم أى نزاع قد يشجر بين الشركاء.

فقال الحنفية ان المستحق من النفقة انما هو ما يحتاجه طعام هذا الشريك وكساؤه ، وما تحتاجه اقامته فى البلد الذى يخرج اليه مدة هذه الاقامة . واستبعدوا من هذه النفقة ثمن الدواء لانه ليس من النفقة المعتادة . ويتفق الزيدية والامامية فى مدى هذه النفقة مع الحنفية [١] .

واختلف الشافعية فى مدى النفقة التى يستحقها هذا الشريك فى سفره على قولين « أحدهما جميع ما يحتاج اليه لان من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته . والثانى مايزيد على نفقة الحضر لان النفقة انما لزمته لاجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر » [٢] .

وللمالكية ما جاء فى التاج والاكليل : « ... أيشرب الدواء ... قال ما كانت هذه الاشياء يوم كان القراض ... ابن رشد . قوله ما كانت هذه الاشياء يوم كان القراض يريد ما كان يؤخذ عليها فى الزمان الاول أعواض . والواجب الرجوع فى كل ذلك للعرف فى كل زمان وفى كل بلد ما العادة ان لا يؤخذ عليه عوض لم يعط عليه من مال القراض

(١) راجع فى ذلك البدائع ج ٦ ص ١٠٥ وما بعدها ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٨٨ ، ومسائل الخلاف للطوسى ج ١ ص ٢٤٨ .
(٢) المهذب للشيرازى ج ١ ص ٣٩١ .

وما العادة أخذ العوض عليه وقدره يسير يتكرر جاز ان يعطى منه ، لدخول رب المال عليه لتكرره بخلاف الدواء [1] .

ونرى ان ابن رشد قد ترك التحديد للعرف فلم يلزم زمانا أو مكانا بما يجرى فى زمان أو مكان آخرين .

أما الحنابلة والنفقة عندهم لاتجب الا بالشرط فقد تركوا مدى هذه النفقة لاتفاق الشركاء . وان كان لهم فى ذلك أقوال يسترشد بها . فما يستحق انما يدخل فيما جرت به العادة وما هو معروف فى مدى النفقة . وقد وضع الامام أحمد معيارا فى تحديد مضمون النفقة المستحقة هو أن ينفق الشريك بالعمل كما اعتاد دون ان يتعداه ولا يضر بالمال [2] .

٢٩٩ — والواقع أن الرأى الذى نراه يغلب على اتجاه الفقهاء فى المذاهب الاسلامية هو ان النفقة الواجبة فى سفر هذا الشريك هى النفقة المعتادة المتكررة ، التى يحتاجها الشخص يوميا دون ما يخرج عن نطاق هذه الحاجة المعتادة الى النفقة الاستثنائية كالنفقة التى يستلزمها علاج المرض .

والمالكية وقد تركوا مضمون هذه النفقة للعرف يحددها وفقا لما يسود ، انما ذكروا أيضا ما يدل على ان النفقة المستحقة هى النفقة العادية المتكررة فقط ، ويحدد العرف ماهية هذه النفقة المعتادة .

حتى ان الحنابلة وهم الذين تركوا أمر هذه النفقة لاتفاق الشركاء سواء من حيث أصل وجوبها أو من حيث مضمونها . قد وضعوا المعيار الذى يكفل رفع العبء المالى للسفر عن الشريك صاحب الحصة بالعمل ويكفل من ناحية أخرى حماية الشركة من المبالغة فى تقدير المستحق من النفقة . وكان أساس هذا المعيار هو النفقة المعتادة .

أما الشافعية ففى أحد الرأيين عندهم يحددون مضمون هذه النفقة ومداه بما يزيد على النفقة المعتادة فى اقامة الشخص الاقامة العادية فى بلده . ولعل هذا الرأى يمس عين الحقيقة ، فما دامت النفقة قد وجبت بسبب السفر ، فيجب ان يتحدد مدى مضمونها بسبب وجوبها وهو السفر . فالشخص انما ينفق فى اقامته نفقة عادية لابد ان ينفقها سواء كان يعمل لحسابه أو لحساب غيره ، فاذا سافر من أجل هذا العمل زادت نفقته نظرا لمتطلبات السفر وعلى هذا فيجب ان يتحمل ما يتحمله عادة من نفقة فى اقامته المعتادة ، والذى يبقى بعد ذلك هو الذى تتحمله الشركة وهو العبء الزائد بسبب السفر .

٣٠٠ — وأيا ما كان الامر فان هذه النفقة فى الحقيقة لن يتحملها رأس المال اذا تحقق ربح ، فقد رأينا من قبل عند جميع المذاهب انه لا يجوز توزيع الربح على الشركاء قبل أن يسلم رأس المال . فحتى يسلم رأس المال ويكتمل بتمامه يخصص كل ربح لهذا الغرض ولا يوزع منه شىء على الشركاء . فاذا اكتمل رأس المال وفاض عنه شىء من الربح . كان هذا الفائض ربحا خالصا للشركاء .

وشأن مقدار النفقة هو شأن أى نقص يعترى رأس المال ، فعبؤها اذن ينتقل الى ما يتحقق من ربح . فكأن النفقة تستقر فى الارباح ولا تستقر فى رأس المال . ولن يتحملها رأس المال الا فى حالة واحدة وهى اذا حالف

---

(١) هامش مواهب الجليل ج ٥ ص ٣٦٨ .
(٢) راجع المغنى ج ٥ ص ٣٧ .

الشركة سوء الحظ وتعثرت فى الخسارة على طول طريقها ، حتى انتهت الى الحل .

ويصرح الكاسانى بذلك فى قوله : « واما ما تحتسب النفقة منه ، فالنفقة تحتسب من الربح أولا ، ان كان فى المال ربح . فان لم يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال . والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح . ولانا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو فى نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب من الربح على نصيب رب المال[1] .

وما دام عبء النفقة سيستقر فيما يحصل من الربح ، شأنها فى ذلك شأن سائر النفقات التى تصرف على أعمال الادارة ومتطلباتها . فكان جميع الشركاء يشتركون فى تحمل عبئها ، وذلك فى صورة نقص ما يوزع من صافى الارباح . اذ لولاها لزاد الربح بمقدارها .
وما دام الشركاء هم الذين يتحملون النفقة على هذا الوجه . فان الشريك صاحب الحصة بالعمل الذى انفق هذه النفقة على نفسه فى سفره من أجل أعمال الشركة ، يتحمل هو أيضا نصيبا منها .

المطلب الثانى
السلطات المخولة بالتفويض العام

٣٠١ ــ قد يتضمن عقد الشركة تفويضا عاما للشريك صاحب الحصة بالعمل فى القيام بأعمال الادارة وفى التصرف فى أمور الشركة، واجراء التصرفات باسمها ولحسابها ، ولكن ليس معنى ذلك ان هذا التفويض العام يعطيه الحق فى اتخاذ جميع الاجراءات والتصرفات، انما هو يعطى ــ بالاضافة الى ما يعطيه مطلق العقد ــ نوعا معينا من السلطات يقتصر على الحق فى اتخاذ اجراءات معينة تشمل ، عقد الشركة مع الغير سواء كانت شركة أموال أو شركة مضاربة ، وخلط أموال الشركة بأموال أخرى .

وقد سبق الكلام عن التصرف الاخير ــ وهو خلط أموال الشركة ــ عند بحث مدى حق صاحب الحصة بالعمل فى مزاولة نشاط لحسابه الخاص أو لحساب الغير .

وقد انتهى البحث الى ان خلط أموال الشركة يعطينا الاصل لما يعرف فى عصرنا الحاضر بفكرة زيادة رأس مال الشركة .

ولذلك نقصر الكلام هنا على المشاركة بأموال الشركة أو شركة المضاربة . ونعرض لما يراه فقهاء المذاهب فى هذا الشأن .

فنجد الكاسانى يقول : « وأما القسم الذى للمضارب ان يعمله اذا قيل له لا عمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة . والشركة والخلط ... (فاذا لم يفوض اليه التصرف أو يصدر اليه خاص بها ، امتنع عليه القيام بأى منها وذلك للأسباب الآتية) ... أما المضاربة، فلأن المضاربة مثل المضاربة، والشىء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله .. وأما الشركة فهى أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضاربة والشىء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى »[2] .

ويجمل صاحب كشاف القناع ما يخوله التفويض العام لهذا الشريك فى المذهب الحنبلى بقوله : « أو قال الشريك لشريكه اعمل برأيك جاز أن يعمل كل ما يقع فى التجارة من .. المضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله ..

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ١٠٥ .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ٩٥ .

وغير ذلك اذا رأى فيه مصلحة لتناول الاذن بذلك دون التبرع والحطيطة والقرض ... لأنه ليس بتجارة وانما فوض اليه العمل برأيه فى التجارة » .

ويتفق الزيدية مع الحنابلة والحنفية بالنسبة للمضاربة بمال الشركة وخلط أموالها [1] .

والمالكية يرون أن صاحب الحصة بالعمل يملك المشاركة بأموال الشركة مضاربة ، وكذلك الدخول بها فى شركة أموال اذا أذن بذلك رب المال ، أما عن الخلط فقد سبق أن رأينا أنهم أحيانا يندبون اليه اذا خيف على جزء من المال أن يتعرض للتعطل فيحل به الضرر ، فقالوا بأن الخلط مندوب اليه ليعمل بالمالين جميعا. وعن التصرفين الآخرين جاء فى المدونة : « قال مالك ولا يكون للعامل أن يقارض غيره الا بأمر رب المال . قال وكذلك أيضا لا يجوز أن يشارك بالقراض الا بأمر رب المال لأنه اذا جاز له أن يقارض باذن رب المال جازت له الشركة » [2] .

ويتفق الامامية مع المالكية فى ضرورة صدور الاذن لجواز عقد المضاربة مع الغير [3] .

وعلى ذلك فلا يجوز عندهم للشريك بالعمل أن يشارك بأموال الشركة اذا فوض التصرف تفويضا عاما بل لابد لذلك من صدور اذن خاص .

أما الشافعية فيمنعون المضاربة بأموال الشركة مطلقا اذا كانت بدون اذن ، أما اذا كانت باذن بقية الشركاء أصحاب الحصص المالية فلهم حينئذ قولان : أصحهما لا يجيز هذا التصرف والثانى يجيزه . وفى ذلك يقول صاحب نهاية المحتاج : « ولو قارض العامل شخصا آخر باذن المالك ليشاركه ذلك الآخر فى العمل والربح لم يجز فى الأصح . ولأن القراض على خلاف القياس وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له والآخر عاملا ولو متعددا لا ملك له ، فلا يعدل الى أن يعقده عاملان . ومحل المنع بالنسبة للثانى . أما الأول فالقراض باق فى حقه ... والثانى يجوز كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين فى الابتداء.. وبغير اذنه فاسد مطلقا سواء قصد المشاركة فى عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الانسلاخ لانتفاء اذن المالك وائتمانه على المال غيره » [5] .

هذا ولم أجد للشافعية — فيما اطلعت عليه من كتبهم — أى قول فى خصوص عقد صاحب الحصة بالعمل شركة أموال برأس مال المضاربة ، ولعلهم يمنعون ذلك ، حيث أنهم يمنعون فى الرأى الأصح عندهم المضاربة ولو كانت باذن أصحاب حصص رأس المال .

٣٠٢ — رأينا أن الحنفية والحنابلة يوسعون من السلطات المخولة للشريك صاحب الحصة بالعمل اذا تضمن عقد الشركة تفويضه تفويضا عاما بالتصرف فى أموال الشركة ، وهو ما عبروا عنه بقولهم « اعمل برأيك » وتنحصر هذه السلطات كما سبق أن رأينا فى ثلاثة هى . عقد المشاركة والمضاربة وخلط الأموال . واذا كان الحنابلة يتكلمون عن أمور أخرى بقولهم «وغير ذلك اذا رأى فيه مصلحة » وأرى أن التفويض العام انما هو يعطى سلطات أكثر خطورة عن تلك التى تخول بمطلق العقد ، لذلك يقتصر

(١) ج ٢ ص ٢٥٦ .
(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٣ .
(٣) ج ١٢ ص ١٠٤ .
(٤) راجع مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٣٠ .

(٥) ج ٤ ص ١٦٧ .

التفويض العـام على هذه التصرفات الثلاث حيث يتضمن مطلق العقد غيرها مما فيه مصلحة، ويقل أهمية أو خطورة عنها •

ذلك أن هنـاك سلطات أخـرى لا تخول بالتفويض العام انما تستلزم الاذن الخاص حتى يتمكن الشريك بالعمل من مباشرتها •

واذا كانت التصرفات التى يخولها التفويض العام لهذا الشريك ، لا يخولها مطلق العقد •

فانها يمكن أن تخول بالاذن الخاص اذا لم يكن قد تضمن العقد تفويضا عاما لهذا الشريك فى التصرف • وعلى هذا اذا لم يصدر التفويض تجوز هذه التصرفات اذا صدر بها اذن خاص فانه لو ملكهـا بعموم التفويض فيكون ذلك بخصوص الاذن أولى •

أما مـا يقول به الرأى الأصح فى المذهب الشافعى من عدم جواز عقد الشريك بالعمـل للمضاربة بمال الشركة مع صدور الاذن فان الرد عليه يكون سهلا ، ذلك باعتبار أن صاحب الحصة بالعمل وكيل فى التصرفات عن أصحاب الحصص المـالية ، أو بمعنى آخر وكيل عن الشركة ، فاذا عقد مع شخص آخر عقد شركة مضاربة فانما يعقده بصفته وكيلا عن الشركة أو عن أرباب المـال ، لا سيما مع صـدور الاذن بذلك • وعلى هذا يكون العقد الثانى قد عقد بين الشركة — عن طريق الوكالة — وبين الشريك بالعمل الثانى • وبذلك لا يكون هناك خروج على أصل عقد المضاربة باعتبارها على خلاف القياس ، كما لا يكون هناك تعديل على موضوع عقد المضاربة كما توهم هذا الرأى ، أن عقد المضاربة الثانى يعقده شريكان بالعمل ، وقد ظهر عـدم صحة ذلك • أمـا المـالكية والامامية باشتراطهم صدور اذن خاص لهذه السلطات • فلعلهم رأوا فيها خطورة لا يكفى فيها التفويض العام ، فاشترطوا الاذن الخاص حتى يكون جميع الشركاء على بينة من حقيقة السـلطات المخولة للشريك صاحب الحصـة بالعمـل •

المطلب الثالث

السلطات المخولة بالنص الخـاص

٣٠٣ — تشتمل هذه السلطات على الاستدانة على أموال الشركة ، واقراض أموالها • فليس للشريك صاحب الحصة بالعمل بصفته مديرا للشركة أن يباشر هـذه السلطات اذا فوض اليه الأمر فى تسيير أمور الشركة • لكن لابد لكى يستطيع القيام بها من نص صريح يتضمنه العقد ، أو يصدر بعد ذلك من الشركاء لاحقا على العقد •

واشتراط النص الصريح يتفق مع خطورة التصرف كما يتفق مع طبيعة ومـدى التزام الشريك صاحب الحصة بالعمل • فهو — كما رأينا — لا يتحمل من نتائج الخسارة التى قد تلحق بالشركة الا فقدان نصيبه من الربح • بينما يلتزم الشركاء الذين يقـدمون حصص رأس المـال بكل هذه الخسـارة • كما أنهم ضامنون لديون الشركة فى أموالهم الخـاصة الخارجة على نطاق الشركة وحدهم دونه •

لذلك كان طبيعيا أن لا يكون لهذا الشريك أن يضيف الى مسئولياتهم أعباء جديدة دون اذن خـاص منهم يدل على علمهم بخطورة التصرف ورضاهم به • والفقه الاسلامى حين اشترط هذا الشرط فى هذه السلطات انما أراد أن ينبه الشركاء الى مـدى خطورة هـذه التصرفات •

٣٠٤ — أولا : الاستدانة : ونعرض لهـا فيما يراه الحنفية كأساس ثم نعرض لموقف المذاهب الأخرى من هذا التصرف •

يقول الكاسانى : « ... فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ، ويكون دينا على المضارب فى ماله لأن الاستدانة اثبات زيادة فى رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه .. الى أن يقول ... ثم فى جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لأن قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل فى عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا .. » [1] .

ويتفق الحنابلة والشافعية مع الحنفية فى أن الاستدانة على مال الشركة لا تجوز الا باذن خاص يصدر بشأنها ، فان قام هذا الشريك بالاستدانة دون الاذن كان الدين فى ضمانه . وفى ذلك يقول صاحب كشاف القناع : «وليس له ... ان يستدين على مال الشركة لأنه يدخل فيها أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز ... الا أن يأذن شريكه فيجوز ... » وكان هذا بصدد الكلام عن شريك العنان . وحكم هذا الشريك والمضارب عند الحنابلة سواء . « شريك العنان كمضارب فيما له فعله وفيما يجب عليه فعله وفيما يمنع المضارب منه لتساويهما فى الحكم » [2] .

وللشافعية ما جاء فى نهاية المحتاج من أنه « لا يشترى للقراض بأكثر من رأس المال والربح الا باذن المالك ... » [3] .

أما المالكية فلا تجوز عندهم الاستدانة على مال الشركة حتى لو اذن بذلك الشركاء أصحاب حصص رأس المال فقد جاء فى المدونة : « .... وليس من سنة القراض فيما سمعت من مالك أن يشترى على القراض بدين يكون العامل ضامنا للدين ،ويكون لرب القراض فلا يجوز ذلك » [4] .

وما جاء فى الشرح الكبير : « اشتراؤه سلعا للقراض بنسيئة أى دين فيمنع وان اذن ربه فان فعل ضمن والربح له وحده ولا شىء منه لرب المال اذ لا ربح لمن لا يضمن » [5] .

٣٠٥ — وضح مما سبق أن الحنفية والحنابلة والشافعية يجيزون الاستدانة على مال الشركة اذا صدر بها اذن خاص من الشركاء أصحاب حصص رأس المال . فلا يكفى لاجرائها مطلق العقد ولا التفويض العام الذى قد يتضمنه .

أما المالكية فقد منعوا الاستدانة مطلقا سواء اذن فى ذلك رب المال أو لم يأذن . واذا كان المنع فى حالة عدم الاذن مبررا ، فانه فى حالة الاذن أرى أن تبريره غير مقبول .

فقد تردد فى نص المدونة والشرح الكبير ما يدل على أن الدين لا يكون الا فى ضمان الشريك صاحب الحصة بالعمل وحده ، دون الشركاء أصحاب الحصص المالية . ولعل هذا الوضع لا يتفق وطبيعة عقد الشركة ،حيث أن هذا الشريك لا يستدين لحساب نفسه ،كما أنه ليس وكيلا عاديا ، انما هو شريك وممثل للشركة فى نفس الوقت ، فاذا أذن فى الاستدانة فانما يدل الاذن على رضا الشركاء جميعا بالاستدانة وينصرف هذا الاذن الى رضاهم أن يكون ضمان المال المستدان فى ذممهم .

(١) البدائع جـ ٦ ص ٩٠ .
(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٦ .
(٣) جـ ٤ ص ١٧١ .
(٤) جـ ١٢ ص ١٢٠ .
(٥) بهامش حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٦٤ .

هـذا بالاضـافة الى أن هؤلاء الشركاء هم المسئولون أصلا عن ديون الشركة أو خسائرها ولو فى أموالهم الخاصة • لذلك فان هذا الشريك وهو يشترى بالدين مثلا انما يشترى لحساب الشركة طالما قد صدر الاذن له بذلك ، فاذا حقق هذا المال ربحا فانه يكون من نصيب الجميع ، لأنه كان فى ضمانهم جميعا ، بمقتضى الاذن الصادر منهم والمعبر عن انصراف ارادتهم الى قبول ضمان هذا الدين •

فتعبير المدونة « يكون العامل ضامنا للدين ويكون الربح لرب القراض « وتعبير الشرح الكبير « لا ربح لمن لا يضمن » انما يعبران عن الخوف فى الوقوع فيما هو منهى عنه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه لا ربح بدون ضمان • أرى أن لا مجال للخوف فى الوقوع فيما يخالف الحظر الوارد بهذا الحديث ، حيث أن الضمان سيكون من الجميع وليس من الشريك بالعل وحده •

٣٠٦ — ولكن ما هو الحكم لو اذن أصحاب حصص رأس المال لصاحب الحصة بالعمل فى الاستدانة على الشركة ؟ من المعلوم أن هذا الشريك يتصرف بصفته ، ولا يتصرف لنفسه وانما تصرفه يتم لحساب الشركة ، لذلك كان الدين مضمونا على جميع الشركاء بما فيهم هذا الشريك • فيصير بالاضافة الى كونه شريكا بعمله ، شريكا بنصيبه من الدين الذى استدانه مع الشركاء أصحاب الأموال شركة وجوه •

هذا عند الحنفية ويعبر عن ذلك الكاسانى بقوله : « واذا اذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة • وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه • وكان المشترى بينهما نصفين لأنه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة لأن المضاربة لا تجوز الا فى مال عين •• » [١] •

ويتفق الحنابلة مع الحنفية فى اشتراك صاحب الحصة بالعمل مع صاحب رأس المال فى مقدار الاستدانة المأذون باتخاذها [٢] •

أما المالكية فبالرغم من قولهم بعدم جواز الاستدانة مطلقا ، أى سواء كانت باذن أو بدون اذن • ومع أنهم لا يجيزون الشركة تجمع الى القراض كما جاء فى المدونة فى كتاب الشركة • الا أنهم أجازوا فى حالة الاستدانة مشاركة صاحب الحصة بالعمل بما استدانه لأصحاب الحصص المالية • ومعنى ذلك أنه سيكون شريكا بقيمة الدين الذى استدانه حيث استقر فى ضمانه ، بالاضافة الى أنه شريك بعمله • وبذلك ننتهى الى اجتماع الشركة والقراض • فقد جاء فى المدونة : « •• قال عبد الرحمن بن القاسم فى رجل دفع الى رجل مائة دينار قراضا فاشترى سلعة بمائتى دينار فنقد مائة ومائة الى سنة • قال أرى أن تقوم السلعة بالنقد فان كانت قيمتها خمسين ومائة كان لرب المال الثلثان من السلعة ، وكان للعامل الثلث ••• قال سحنون انما تقوم المائة الآجلة وتقض قيمة السلعة عليها وعلى المائة النقد [٣] •

ويذكر صاحب الشرح الكبير قول المدونه ويتبعه بقوله : « ••• وقيل يخير رب المال فى قبوله ويدفع له قيمته فيكون كله قراضا ، وعدم قبوله فيشارك العامل كما تقدم « [٤] •

ويرى الدسوقى أن خيار رب المال هو الصواب كما جزم به ابن رشد [٥] •

(١) البدائع جـ ٦ ص ٩٢ .
(٢) راجع كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٦ .
(٣) راجع جـ ١٢ ص ٦١ .
(٤) جـ ١٢ ص ١٢٠
(٥) حاشية الدسوقى وهامشها جـ ٣ ص ٤٦٠ .

وعلى هذا ففى المذهب المالكى رأيان أولهما يجعل جميع المال المستدان لصاحب حصة العمل فى ضمانه ويشارك به أصحاب حصص رأس المال ويكون له ربحه بالاضافة الى حصته فى الربح التى تقابل عمله فى الشركة . والرأى الثانى يقرر خيارا لأصحاب حصص رأس المال فان شاءوا قبلوا الاستدانة ويقع المال المستدان فى ضمانهم وحدهم ولهم ربحه . وان أبوا كان الدين لحساب صاحب الحصة بالعمل كما فى الرأى الأول .

وعند الشافعية لا تذكر كيفية احتساب ما يشترى بأكثر من رأس المال اذا أذن به . حيث أنهم لم يتكلموا الا عن الحالة التى تتم فيها الاستدانة بدون اذن وقرروا أن الاستدانة تقع فى ذمة صاحب الحصة بالعمل « وأن صرح بسفارته عن رب المال » أو لذلك لا نستطيع أن نقول سوى أنه يجب هنا أن تطبق قاعدة الربح على الضمان ، فاذا كانت الاستدانة باذن فاما أن تقع على أصحاب حصص رأس المال بموجب اذنهم فيستقر الدين فى ضمانهم ويكون لهم وحدهم ربحه . واما أن يكون فى ضمان جميع الشركاء بما فيهم الشريك صاحب الحصة بالعمل ويقتسم الجميع ربح هذا المال ، مضافا الى صاحب الحصة بالعمل نصيب حصته من العمل .

٣٠٧ — ثانيا : اقراض مال الشركة : لايخول الشريك صاحب الحصة بالعمل أن يقرض أموال الشركة الا اذا أذن له فيه ، فلا يجوز له ذلك بمطلق العقد أو اذا تضمن العقد تفويض التصرف اليه بما يرى . حيث أن التفويض العام انما ينصرف الى كل ما هو من أعمال الشركة التجارية . والقرض يعتبر من قبيل التبرعات — ولو ابتداء — فهو ليس من التجارة ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فهو يعطل الشركة عن أعمالها واستثمار أموالها فى الجزء المقترض من رأس المال . فلا يجوز اذن للشريك بالعمل أن يقوم باقراض مال الشركة الا باذن بذلك يصدر صريحا من بقية الشركاء لما فيه من الخطر .

وهذا عند الحنفية والحنابلة حيث يقول الكاسانى : « وليس له أن يقرض مال المضاربة لأن القرض تبرع فى الحال اذ لا يقابلة عوض للحال .. هكذا قال محمد عن أبى حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ... حتى يأمره بذلك بعينه »[٢] .

ويقول صاحب كشاف القناع بصدد شريك العنان — وهو ما يسرى بشأن صاحب الحصة بالعمل اذ أن حكمها واحد عندهم كما رأينا — « ليس له ... أن يقرض ، ظاهره ولو برهن ... الا بأذن شريكه ... لأنه ليس من التجارة المأذون فيها »[٣] .

والمالكية منعوا اقتراض صاحب حصة العمل من أموال الشركة واعتبروا ذلك منه تعديا ، ويقول الباجى : « قال مالك فى رجل تعدى فتسلف مما بيديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه ... أن صاحب المال بالخيار أن شاء أشركه فى السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله ، وكذلك يفعل بكل تعدى »[٤] .

فاذا كان ذلك ما يحصل مع صاحب الحصة بالعمل ، وهو على أى حال شريك . فلأن يكون

---

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٩٢ .
(٣) ج ٢ ص ٢٥٥ .
(٤) المنتقى ج ٥ ص ١٧٠ .

اقراض مال الشركة للغير أولى • وعلى هذا يمكن القول أن اقراض أموال الشركة للغير يعتبر تعديا يدخل مال الشركة فى ضمان الشريك صاحب الحصة بالعمل • على أنه لا يعتبر ذلك تعديا اذا صدر به اذن ، لأن الاذن يصـــدر حينئذ ممن يملكه وهم الشركاء أصحاب رأس المـــال فيرتفع التعدى بصدور الاذن ، لأنه لا يمكن أن يجتمع التعدى مع وجود الاذن •

فاذا اذن أصحاب الحصص المالية بالاقراض من مال الشركة يصير لهذا الشريك اتخاذ هذا الاجراء ، لأنه صدر بناء على أمر ممن يملك رأس المـــال •

أما الشافعية وان لم ترد لهم نصوص خاصة بالقرض — فيما اطلعت عليه من كتبهم — الا أنه يفهم من القواعد التى تحكم تصرف الشريك بالعمل أن اقراض مال الشركة ممنوع عليه ، لأنه ليس من التجارة • فالتجارة كما يعرفها الغزالى هى الاسترباح بالبيع والشراء ، وليس القرض منها • بل أنهم منعوا على الشريك صاحب الحصة بالعمل أن يعقد شركة مضاربة مع الغير ، حتى لو أذن له فى ذلك • اذن يمكن القول أن اقراض مال الشركة عندهم لا يجوز مطلقا • اذ أن عقد شركة المضاربة أقل خطورة من اقـــراض مال الشركة • فاذا كان لا يملك الأقل • فلا يمكن أن يملك الأكثر •

٣٠٨ — هذه هى التصرفات أو السلطات المخولة لصاحب لحصة بالعمل وهى ثلاثة أنواع أحدهـــا يخول بمطلق العقـــد ، والثانى يخوله التفويض العام ، والثالث لا يملـــكه الا بالاذن الخـــاص •

هذا عند الحنفية والحنـــابلة ، أما عنـــد المـــالكية والشافعية فالتصرفات المخولة تنحصر فى نوعين اثنين أحدهما يخوله مطلق العقـــد والثانى بالاذن الخـــاص •

والذى يتضح من عرضنا لبعض أقوال علماء المذاهب بخصوص هذه السلطات • ان المالكية والشافعية يضيقون من حدود السلطات المخولة للشريك بالعمل بمطلق العقد ، حتى لا يبقى منها الا الأعمال العادية للادارة دون غيرها • فليس له بمطلق العقد أن يبيع سلع الشركة بأثمان مؤجلة ، حتى السفر بأموال الشركة وهو احد المعانى التى اشتق منها أحد اسمى العقد (المضاربة) لابد فيه من الاذن الخاص عند بعض المـــالكية • حتى المشاركة عن طريق عقد مضاربة أخرى اذا صدر بها اذن خاص انقسم الشافعية بشأنها ، والمنع عندهم هو الأصح من الرأيين •

٣٠٩ — هذا مع أنهم — الشافعية والمالكية — طالبوا بعدم التضييق على صاحب الحصـــة بالعمل فى مزاولته لنشاط الشركة ، فقرروا عدم جواز رجوعه الى صاحب رأس المـــال فيما يتصرف فيه ، وكذلك لم يجيزوا وجود مشرف عليه فى تصرفـــاته • وننقل هنـــا ما يقولـــه الانصارى فى هذا الصدد : « ••• أو شرط عمله معه أو مراجعته فى التصرف لم يصح لفوات استقلال العـــامل الـــذى هو شرط فى القراض ••• وكالمالك فى ذلك نائبه كمشرف نصبه ••• (ثم يقول فى موضع آخر) ••• فمهما كان العامل أبسط يدا كانت أفضى الى مقصودهما »[1] •

ونفس هذا المعنى عند المالكية حيث يقول صـــاحب الشرح الكبير : « كاشتراط يده مع العامل فى البيع والشراء ••• ففاسد لمـــا فيه

---

(١) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٨١ — ٣٨٢ .

من التحجير عليه ... أو مراجعته أى مشاورته بحيث لا يعمل عملا فيه الا باذنه ، أو اشتراط أمين عليه ... » [1] .

وكأن الشافعية والمالكية يضيقون من النطاق العام للتصرفات ، ويطلقون للشريك بالعمل سلطة التقدير فى داخل هذا النطاق المحدود . وبذلك يكون الحنفية ومعهم الحنابلة المذهبين اللذين يوسعان فى النطاق العام وكذلك لا يضيقون كثيرا فى داخل هذا النطاق الموسع . ولا يقدح فى ذلك تقييدهما التعامل فى سلعة بعينها أو مع شخص أو جهة معينة ، اذ تظل شروط هذا التعامل وتفاصيله خاضعة لتقدير الشريك بالعمل وحده . هذا بالاضافة الى ما يشترط من اعتبار الفائدة فى كل قيد ، بحيث اذا انتفت الفائدة من هذه القيود ، كانت النتيجة اهدارها واعتبارها كأن لم تكن .

المبحث الثالث

جزاء خروج الشريك بالعمل عن حدود سلطاته

٣١٠ — رأينا أن يد الشريك صاحب الحصة بالعمل على أموال الشركة يد أمانة ، فلا ضمان عليه فى تلف أو خسارة تلحق بالشركة ، الا اذا كان هذا التلف أو الخسارة نتيجة لتفريطه أو اهماله . لكن هذا الشريك يصير ضامنا أيضا، ولو لم يحدث تلف أو خسارة .

فتزايله صفة الامانة وما يترتب عليها ، اذا خالف شروط العقد وتصرف خارج نطاق التصرفات المخولة له . وهذا الجزاء الذى ينقله من الامانة الى الضمان بما يترتب على ذلك من مسئوليات يسرى على كل مخالفة يرتكبها . ونورد فى ذلك ما يقوله ابن قدامة :

« اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله .. فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن أبى هريرة وحكيم بن خزام وابن قلادة ونافع واياس والشعبى والنخعى والحكم وحماد ومالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى . وعن على رضى الله عنه لا ضمان على من شورك فى الربح وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى . ولنا أنه متصرف فى مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ، ولا نقول بمشاركته فى الربح فلا يتناوله قول على رضى الله عنه » [2] .

فالشريك بالعمل وقد تصرف بالخلاف للشروط المحددة لسلطاته بحيث خرج عن نطاقها ، يجب اعتباره متصرفا بغير اذن فى أموال الغير ، ولذلك يكون — بحق — فى منزلة الغاصب لهذه الأموال ، ولا يدخل فى نطاق تطبيق نص قول على رضى الله عنه . لأن صفة الشريك قد انتفت عنه بالتصرف المخالف .

ونعرض لأحد تطبيقات هذا الجزاء ، كثر الخلاف حوله فى المذهب الحنفى ، فلعل هذا الخلاف يبين لنا طبيعة هذا الجزاء ومداه . ثم نبحث النتائج المترتبة على جزاء المخالفة .

المطلب الأول

عرض لأحد تطبيقات الجزاء

٣١١ — التطبيق الذى نعرض له هو الجزاء الذى يؤخذ به الشريك صاحب الحصة بالعمل فى حالة عقده شركة مضاربة بدون اذن خاص فى ذلك ، ودون أن يتضمنه التفويض العام . ونبدأ بما يراه الحنفية ، ثم ما تراه المذاهب الأخرى . ونتبع ذلك ببعض الملاحظات .

---

(١) بهامش حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٥٧

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٤٨ .

٣١٢ — اذا عقد صاحب الحصة بالعمل شركة مضاربة مع الغير صار ضامنا ، اذا كان ذلك بدون اذن أو بدون تفويض العمل اليه بما يراه ، ولذلك فأصحاب الحصص المالية لهم الرجوع عليه ، أو على ذلك الشريك الثانى الذى عقد معه شركة مضاربة أخرى .

لكن متى يكون هذا الضمان .. ومتى يكون لأصحاب حصص رأس المال الرجوع عليهما؟

لا يكون هذا الضمان وبالتالى الرجوع الا اذا كانت الشركتان صحيحتين [1] ، فاذا كانت الشركتين فاسدتين أو كانت أحداهما فاسدة ، فلا ضمان على أى من صاحب الحصة بالعمل أو الثانى .

وبيان ذلك أن الشركتين ان كانتا فاسدتين صار كل من صاحب الحصة بالعمل الأول ومن تعاقد معه بالعقد غير المأذون فيه أجيرين ، وليسا شريكين . وان كانت احدى الشركتين فاسدة فكذلك لا ضمان على أى منهما . لأنه اذا كانت شركة المضاربة الأولى هى التى فسدت فصاحب الحصة بالعمل فيها يصير أجيرا له أجر المثل وليس له نصيب من الربح، ويكون للثانى ما شرط له فى عقد المضاربة الثانية ، أى نسبة الربح التى انعقد اتفاقهما عليها ويطالب بها صاحب الحصة بالعمل الأول شخصيا ، ويظل مسئولا عنها .

وان كانت الشركة الثانية هى التى فسدت صار صاحب حصة العمل فيها أجيرا للأول ، فلا ضمان أيضا على أى منهما اذ أن أجر الشريك الذى صار أجيرا فى الشركة الثانية يطالب به صاحب الحصة بالعمل فى الشركة الأصلية .

ذلك أن الضمان يتحقق بالمخالفة باعتبار أن صاحب الحصة بالعمل شريكا ، فاذا فقد هذه الصفة نتيجة لفساد الشركة ، يرتفع الضمان لأنه يصير بالفساد أجيرا .

واختلف أصحاب أبى حنيفة معه بعد ذلك فى شأن التصرف الذى يتحقق به الضمان ويلزم به المخالف ، هل هو دفع المال الى صاحب الحصة بالعمل الثانى ، أو هو عمل الأخير فى المال ، أو هو تحقق الربح بعد عمله ؟

يقول زفر : « ... يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثانى أو لم يعمل . واذا هلك قبل العمل يضمن . وهو رواية عن أبى يوسف . وجه قول زفر أن رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره . فاذا دفع صار بالدفع مخالفا ، فصار ضامنا كالمودع اذا أودع ..

وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثانى ويربح . فاذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح ، وان عمل فى المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه ...

ولأبى حنيفة ، لا سبيل الى التضمين بالدفع لأنه ايداع وابضاع ، ولا بالعمل لأنه مالم يربح فهو فى حكم المبضع ، والمبضع لا يضمن بالعمل . ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد قول ومجرد القول فى ملك الغير لا يتعلق به ضمان ، لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة فى المال باثبات المضارب الأول فصار الأول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به .

وروى محمد عن أبى يوسف وهو قول محمد رحمه الله أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثانى فاذا عمل ضمن ربح الثانى أو لم يربح ...

(١) راجع فى ذلك البدائع جـ ٦ ص ٩٦ .

وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا ظاهر الرواية عن أبى حنيفة • وجه قولهما أنه لما عمل فقد تصرف فى المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح » [1] •

٣١٣ ـ أما المالكية والشافعية والحنابلة فالحكم عندهم يختلف عما عليه الحنفية ، ولا اختلاف فى الرأى فى كل من هذه المذاهب الثلاث •

فعند المالكية يضمن صاحب الحصة بالعمل بدفع مال الشركة الى غيره مضاربة بدون اذن من الشركاء أصحاب الحصص المالية ، وقد جاء فى المدونة عن ذلك : « واذا دفع الى العامل قراضا على النصف ، فيدفعه العامل الى غيره قراضا على الثلثين فهو ضامن من عند مالك » [2] •

وكذلك عند الشافعية حيث يقول البجيرمى: « قوله وتصرف الثانى ليس بقيد بل يضمن بوضع اليد وان لم يتصرف » [3] •

وهذا عين ما يظهر من أقوال الحنابلة ، ففى المغنى يقول ابن قدامة : « أنه انما دفع اليه المال ههنا ليضارب به ، وبدفعه الى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضاربا ••• وان تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو فى الضمان والتصرف كالغاصب ، ولرب المال مطالبة من يشاء منهما برد المال ان كان باقيا وبرد بدله ان كان تالفا أو تعذر رده » [4] •

٣١٤ ـ مما سبق يتضح أن غالبية الفقهاء يقررون تضمين الشريك صاحب الحصة بالعمل اذا دفع مال الشركة الى غيره ليعمل فيه على وجه المضاربة بدون اذن ، أو دون أن يفوض اليه العمل برأيه • فالمالكية والشافعية والحنابلة ومعهم زفر من الحنفية يأخذون بهذا الرأى أما صاحبا أبى حنيفة فيرون أن الضمان انما يتحقق بعمل المضارب الثانى • وأبو حنيفة يرى أن الضمان انما يتحقق اذا عمل المضارب الثانى وربح • وان قيل أن ظاهر الرواية عنه يتفق مع ما يراه الصاحبان • مع أن الخلاف الذى ثار فى المذهب الحنفى يمكن استظهار أنهم يطبقون جزاء المخالفة بشىء من المرونة، وأنهم لا يجعلون منه قاعدة جامدة تطبق كلما دفع المال الى الغير • ومع ذلك يمكن أن نورد الملاحظات الآتية على ما رواه الحسن عن أبى حنيفة وما يذهب اليه الصاحبان •

٣١٥ ـ أن تسوية دفع المال مضاربة بالايداع أو الابضاع لا يسلم من النقد • ذلك أن لكل من هذه التصرفات نيته الخاصة به ، كما أنه لا يترتب على ايداع أموال الشركة أو ابضاعها اية حقوق للغير فى مال الشركة • لذلك كان هذان التصرفان مما يملكه صاحب الحصة بالعمل بمطلق عقد المضاربة عند الحنفية والحنابلة • أما المضاربة فلا يملكها بمطلق العقد ، انما يملكها اذا فوض اليه العمل فى أموال الشركة تفويضا عاما ، أو أذن فى ذلك اذنا خاصا • وهذا يدل على التفرقة بين كل من الايداع والابضاع وبين المضاربة •

أما أنه بالربح قد أثبت حقا للغير فى مال الشركة ، فهذا صحيح مسلم به • ولكن ذلك ليس السبب الأساسى فى الضمان ، حيث أن هذا الشريك يضمن اذا خلط مال الشركة بدون اذن أو تفويض ، ولا يتوقف تضمينه على تحقيق الربح •

كما أن الحق الذى يثبت للغير فى مال الشركة ، وان كان يتأكد بالربح • الا أنه يصير

---

(١) البدائع ج ٦ ص ٩٦ وما بعدها بتصرف.
(٢) ج ١٢ ص ١٠٤ .
(٣) ج ٣ ص ١٦٦ .
(٤) ج ٥ ص ٤٣ .

له وجود بمجرد الاتفاق الذى يتم بين صاحب الحصة بالعمل الأول ومن يتعاقد معه .

هذا بالاضافة الى أن الأخذ بأى من الرأيين القائلين بأنه لا ضمان الا بالعمل ، أو بتحقيق الربح . يؤدى الى نتائج ضارة بأصحاب حصص رأس المال ، فقد يهلك المال قبل العمل وبعد الدفع فى المضاربة الثانية . فيهلك أمانة وتقع تبعة هلاكه على هؤلاء الشركاء . وكذلك عند الرأى القائل بأنه لا ضمان الا بتحقيق الربح ، فانه اذا لم يتحقق الربح أو اذا وقعت الخسارة فان أصحاب رأس المال يتعرضون لمخاطر هلاك أموالهم دون ضمان . فى حين أن المخالفة قد تمت بالدفع بنية معينة هى نية المشاركة عن طريق عقد مضاربة جديدة . حيث لا يتم دفع المال الا بعد المناقشة فى الشروط التى يرتضيها الطرفان وتلتقى ارادتهما عندها فيتم عقد الاتفاق ، بما يفيد أن عقدا جديدا قد انعقد بينهما . ويبدأ تنفيذ هذا العقد بقبض المال، أى جعله فى حوزة الشريك صاحب الحصة بالعمل الثانى . حتى أنهم قالوا أن النقود تتعين فى المضاربة بالقبض ، فاذا هلكت بعده وقبل التصرف انقضت المضاربة لهلاك المحل . فقبض المال بواسطة صاحب الحصة بالعمل الثانى قد عين المال المقبوض كمحل للشركة الجديدة . ولما كان نفس هذا المال قد تم قبضه على صفة معينة من قبل ، هى صفة الامانة لقبضه فى شركة مضاربة . فيجب أن تترتب نتائج المخالفة فور وقوعها . أى بالقبض لأنه عين هذا المال كمحل فى الشركة الجديدة.

ويلاحظ أيضا أن تكوين شركة المضاربة دون أن يتضمن عقدها اذنا للشريك بالعمل فى عقد مضاربة أخرى أو دون أن يفوض له العمل بما يرى ، قد يدل على أن هذا الشريك ليس كفؤا لاجراء هذا التصرف . فايجاب الضمان عليه بمجرد دفعه المال الى غيره يجعله حريصا على عدم الاقدام على هذه المخالفة ، ويؤمن سلامة تنفيذ العقد كما قصد اليه أطرافه .

٣١٦ — واذا صح أن صاحب الحصة بالعمل قد يرجع عن الأجراء المخالف ، بعد أن دفع المال الذى تعاقد معه وقبل أن يعمل هذا الأخير فيه ، فان رجوعه عن المخالفة بعد أن يعمل الثانى فيه غير متصور — وقد يكون هذا حجة للصاحبين — لأن العامل ينتظر مقابل عمله . فالقول فى هذه الحال بأن المال اذا تلف قبل تحقق الربح يهلك أمانة على أصحابه لا يتفق والمدى الذى بغلته المخالفة .

لذلك نرى الأخذ بتوقيع جزاء الضمان وما يترتب عليه من آثار بمجرد أن يدفع الشريك صاحب الحصة بالعمل المال الى غيره ليعمل فيه مضاربة ، فاذا عمل صاحب الحصة بالعمل الثانى استقر الضمان . وهو ما يقول به الحنفية بالنسبة لمخالفة الشروط الأخرى. فابن عابدين يعقب على قول صاحب الدر « ولو لم يتصرف » بأن ذلك اشارة « الى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير قار الا بالشراء فانه على عرضية الزوال بالوفاق ، وفى رواية الجامع أنه لا يضمن الا اذا اشترى ، والأول هو الصحيح كما فى الهداية ... قلت وثمرته فيما لو هلك بعد الاخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثانى » [1] .

وهذا الحكم أيضا هو ما يأخذون به فى حالة السفر بالمخالفة لنهى الشركاء أصحاب حصص رأس المال [2] .

٣١٧ — وبهذا الرأى نكون قد أبقينا على مرونة تطبيق هذه القاعدة الجزائية ، وذلك

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر ج ٤ ص ٥٠٨ .

(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ٩٨ .

بترك الفرصة للشريك الذى يكون قد خالف للرجوع عن مخالفته طالما كان هذا الرجوع ممكنا ، وأراه غير ممكن بعد العمل لأن الرجوع حينئذ ينطوى على تعقيدات ومشاكل كثيرة تتصل بحقوق الشريك الذى زاول العمل • لأنه يأمل فى مقابل عمله المشروط له • والرجوع عن المخالفة بعد عمله يتضمن فسخا لعقد الشركة التى دخل فيها ، وقد يترتب عليه حرمانه من هذا المقابل المرتقب أو على الأقل يجعل هذا المقابل محل نزاع •

هذا بالاضافة الى أن هذا الشريك يجب احترام حسن نيته ، فهو قد دخل الشركة ولا يعلم حقيقة الأمر • والرجوع عن المخالفة قد ينتهى الى حرمانه من بيع ما يكون قد اشتراه ، وهو تصرف يثبت له بمقتضى عقد المضاربة • ولعل فسخ الشركة الثانية فى هذه الحالة باعتباره رجوعا عن مخالفة تمت ، قد يحرمه من حقه فى بيع السلع التى يكون قد اشتراها استظهارا لربحه •

وكذلك نكون قد سلكنا بهذا الرأى طريقا وسطا بين الآراء المختلفة ، وفى نفس الوقت يتحقق الردع لكل شريك تسول له نفسه أن يرتكب هذه المخالفة •

المطلب الثانى
النتائج المترتبة على الضمان

٣١٨ ــ اذا خالف الشريك صاحب الحصة بالعمل وخرج عن حدود سلطاته المخولة له فى التصرف لحساب الشركة ، يصير ضامنا لرأس المال بعد أن كانت يده يد أمانة • فاذا تلف المال حال المخالفة كان عليه تبعة هذا التلف ، وكذلك النقص الحادث بأى سبب من الأسباب • اذ يجب عليه أن يرد رأس المال كاملا •

لكن مع وقوع المخالفة يصير هذا الشريك ضامنا للمال • فما مصير هذا الربح ، ومن الذى يستحقه ، هل هو صاحب رأس المال أو هو الشريك الذى خالف بعد أن دخل المال فى ضمانه ، أم أن هذا الربح يكون حقا للاثنين معا ؟

هذا ما اختلفت آراء الفقهاء بشأنه ، فمنهم من يرى أن الربح صار بالضمان للشريك صاحب الحصة بالعمل ، لأنه يضمن خسارته فكذلك يكون له ربحه ، لأن الغنم بالغرم •

ومنهم من يرى أنه ليس له الحق فى شىء من الربح ، انما الربح مال صاحب رأس المال فيستحقه على هذا الأساس • ومنهم من يرى أن شرط الربح باق مع المخالفة والضمان ، فيوزع عليهما تبعا لهذا الشرط • ونعرض فى ايجاز لهذه الآراء •

٣١٩ ــ فالحنفية يرون أن صاحب حصة العمل اذا خالف ما حدد له من شروط فقد خرج عن نطاق الشركة • فهو كالغاصب فيضمن ما بيده من أموال • وعلى ذلك يكون له ربح المال الذى دخل فى ضمانه • وعن ذلك يقول الكاسانى : « فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله له بعد ما صار مضمونا عليه ، لأن الربح بالضمان • لكنه لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له ، وهو على اختلافهم فى الغاصب والمودع اذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وربحا » (١) •

والشافعية يرون أن الشريك صاحب حصة العمل يصير بالمخالفة غاصبا ، أما عن مصير

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٨٧ .

الربح ففى المذهب قولان هما قول الشافعى القديم وقوله الجديد ، ويفصلهما الشيرازى بصدد عقد صاحب الحصة بالعمل مضاربة مع شخص آخر فيقول : « بنينا على القولين فى الغاصب اذا اشترى فى الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح . فان قلنا بقوله القديم أن الربح لرب المال فقد قال المزنى ههنا أن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين . واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو اسحق هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف الربح فلم يستحق أكثر منه ... وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزنى الربح كله للعامل الأول وللعامل الثانى أجرة مثله»[1] .

والقول الجديد للشافعى وتطبيقه الذى قال به المزنى يتفق مع ما يقرره الحنفية فى شأن الربح فى حالة الضمان ، لأن العامل الأول فى الفرض الذى يتكلم عنه المزنى صار غاصبا ، وبالتالى دخل المال فى ضمانه .

ومع ذلك فبالنسبة لمخالفة الشريك صاحب الحصة بالعمل بخلط أموال الشركة بدون اذن، واذا سافر للتجارة بمال الشركة من غير أن يؤذن له فى ذلك ، ومن غير أن تكون هناك ضرورة لهذا السفر ، تبقى الشركة على ما هى مع ضمان هذا الشريك للمال . وفى ذلك يقول الرملى : « .. فلو سافر من غير ضرورة ضمن وأثم ولم ينفسخ القراض سواء أسافر بعين المال أو العروض التى اشتراها به خلافا للماوردى . وقد قال الامام لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم ينعزل »[2] .

ويعقب الشبراملسى على ذلك بقوله : « أن أراد التصرف فى مال القراض عزل قدره أو اشترى بالجميع ويكون ما اشتراه بعضه للعامل وبعضه للقراض »[3] .

وهذا معناه أن الربح اذا تحقق يقسم بين الشركاء وفقا لنسب التوزيع المتفق عليها فى عقد الشركة ، وذلك على الرغم من دخول المال فى ضمان الشريك صاحب الحصة بالعمل . طالما هم يصرحون أن القراض لا ينفسخ .

وعند الحنابلة يعتبر صاحب الحصة بالعمل بمخالفته لشروط العقد وتصرفه فى خارج نطاق السلطات المخولة له غاصبا ، لأنه تصرف فى مال غيره بدون اذنه ولذلك يلزمه الضمان.

وعن الربح يقول ابن قدامة : «ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع ،وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبى والنخعى والحكم وحماد ... واحتج أحمد بحديث عروة البارقى وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبى صلعم جلب فأعطانى دينارا فقال : عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة . فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منهما شاة بالدينار . فجئت بالدينار والشاه فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم . قال وكيف صنعت ؟ فحدثته الحديث.

فقال اللهم بارك فى صفقة يمينه . رواه الأثرم . ولأنه نماء مال غيره بغير اذن مالكه فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها . فأما المضارب ففيه روايتان أحداهما : لا شىء له لأنه عقد عقدا لم يؤذن له فيه فلم يكن له

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٣٩٠ — ٣٩١ .
(٢) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٧١ .
(٣) حاشية الشبراملسى بهامش المرجع السابق .

شيء كالغاصب ، وهذا اختيار أبى بكر .. والثانية له أجر لأن رب المال رضى بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضا كما لو عقده باذنه .. » (٣) .

وللمالكية ما يفصله صاحب مواهب الجليل فى قوله : « .. أن العامل اذا تعدى فى الصور المتقدمة وقلنا أنه ضامن للمال ان تلف أو خسر فلا يختص بالربح . ويقال كما أنه يضمن الخسارة ، فليستبد بالربح . بل الربح لهما على ما شرطا . قال فى التوضيح لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده ، ولأنا لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملا له على التعدى ليستقل بالربح » (٢) .

٣٢٠ — هذه أقوال بعض الفقهاء فى خصوص مصير ربح مال الشركة الذى يدخل ضمان صاحب الحصة بالعمل نتيجة لمخالفته شروط العقد بالتصرف خارج نطاق السلطات المخولة له . ويتضح منها أن من يرى أن الربح يكون لصاحب الحصة بالعمل ، انما يرى ذلك لأن الضمان قد نقل المال الى ملكه وعلى ذلك فيكون الربح له لأنه نماء ملكه .

ومن يرى أنه لا يختص بالربح انما يبقى على الاتفاق الخاص بتوزيع الربح الذى تضمنه العقد بالرغم من أن مال الشركة قد دخل فى ضمان هذا الشريك .

ومن يرى من الفقهاء أن الربح كله يصير لرب المال دون صاحب الحصة بالعمل انما يستند الى أن هذا الشريك قد تصرف تصرفا لم يؤذن له فيه وانقسم أصحاب هذا الرأى الى فريقين الفريق الأول يرى أن صاحب الحصة بالعمل لا يستحق شيئا سواء من الربح أو من غيره بسبب تصرفه الذى لم يؤذن له فيه . والفريق الثانى يرى أن لهذا الشريك أجرا لأن صاحب رأس المال رضى بالبيع وحصل على ربح المال ، فيستحق من عمل فى هذا المال أجرا كما لو كان قد أذن بالتصرف .

ومن الفقهاء من يرى فى عدم اختصاص الشريك صاحب الحصة بالعمل بالربح الذى يتحقق من أعماله المخالفة لنصوص العقد عقوبة له توقع جزاء لما ارتكب من مخالفات ، واهدارا لما يكون قد قصده من المخالفة باختصاصه بالربح .

ومع ذلك فان من الفقهاء الذين قالوا أن الربح يكون للشريك صاحب الحصة بالعمل وحده باعتبار أن الضمان قد نقل المال الى ملكه رأوا أن هذا الربح ، ربح غير طيب فلا يحق له الاحتفاظ به ، بل يتصدق به كأبى حنيفة ومحمد . وفى رأى لأحمد — وهو يرى اختصاص رب المال بالربح — أن يتصدقا بالربح ، فلا يكون طيبا لأحد منهما .

وقد استدل الامام أحمد بحديث عروة البارقى فى تقرير أن الربح كله يكون لرب المال ، ورأى أن هذا الحديث لا يسعف فى ذلك . لأن الحديث قد ورد فى شأن وكالة بدون أجر ، فعروة كان متبرعا فيما قام به من شراء ، كما أنه لم يكن وكيلا فى تجارة انما فى شراء واحد فقط وقد زاد بارادته المنفردة فى العمل فباع وربح ، فلا يستحق شيئا من الربح عن هذا العمل الزائد لأنه فى الأصل متبرع ، وفيما زاد فيه من عمل متبرع أيضا .

أما ما نحن بصدده ، فشريك محكوم بشروط دخل على أساسها الشركة بعد أن التقت ارادته

(١) المغنى ج ٥ ص ٤٨ .
(٢) ج ٥ ص ٣٦٦ .

عليها وعبر عن رضاه بها ، ثم خالفها ، فترتب على مخالفته أن يصير ضامنا للمال بعد أن كان أمينا عليه . وعلى هذا يجب أن يكون الجزاء نابعا من طبيعة عقد الشركة . وليس نابعا من أحكام متعلقة بتصرفات أخرى ، ولو انطبقت على حالة الخلاف . انما يجب أن تطوع هذه الأحكام لتتلاءم وطبيعة العقد الذى تحكمه . وهذا ما نجده عند المالكية فيما يرونه بالنسبة للربح الذى يتحقق فى حالة الخلاف ، وفيما يسببون به رأيهم فى عدم اختصاص صاحب حصة العمل بالربح ،اذ يرون أنه قد يكون متهما بقصد الانفراد بالربح ، ويرتبون النتيجة المنطقية على ذلك ، فيعاقبونه بنقيض قصده ، فيفوتون عليه غرضه بتقسيم الربح وفقا لشروط عقد الشركة الذى خالفه . ويعتبرون هذه العقوبة حائلا دون اتخاذ التعدى طريقا للوصول الى الاستقلال بما يتحقق من أرباح .

لذلك أرى الأخذ بما يراه المذهب المالكى فى هذا الخصوص ، رأيا وتبريرا . لأن ما يقرره هذا المذهب يلائم تعامل الناس وأحوالهم فى عصرنا ، ففيه رادع لكل من يحدث نفسه بالاقدام على أضرار شركائه ، وتحقيق منفعة خاصة لـه .

المبحث الرابع
وضع الشريك بالعمل من حيث ادارة الشركة فى القانون الوضعى

٣٢١ — رأينا فيما سبق حق للشريك بالعمل فى ادارة الشركة وفقا لما يراه الفقه الاسلامى، والسلطات المخولة له للقيام بهذه الادارة ، وجزاء الخروج عن حدود هذه السلطات . أما وضع هذا الشريك فى القانون الوضعى بالنسبة لادارة الشركة فيختلف عن وضعه فى الفقه الاسلامى . وقد سبق أن ذكرت أن القانون الوضعى يتفق مع الفقه الاسلامى فيما يخول للمدير من أعمال الادارة العادية وما يتصل بأغراض الشركة من تصرفات ، دون أن يرد به ذلك التفصيل الواسع بشأن صاحب الحصة بالعمل الذى جاء به الفقه الاسلامى .

وعلى ذلك فاذا تولى هذا الشريك ادارة الشركة فانه يخضع للقواعد التى يخضع لها سائر الشركاء الذى يتولون الادارة ، أو من يتولى الادارة بصفة عامة ولو لم يكن شريكا.

على أن شراح القانون لم يتركوا الأمر دون أن يدخلوا فى تفصيلات تتعلق بسلطات مديرى الشركات ، فتكلموا فيما يجوز لهم من التصرفات ومالا يجوز لهم كل ذلك فى حدود الأغراض التى تقوم من أجلها الشركة . مع أن الأصل أن ينص عقد الشركة على السلطات التى تخول للمدير والاختصاصات والأعمال التى يجوز له أن يقوم بها [1] . وعلى من يتولى الأدارة أن يلتزم بحدود السلطات والاختصاصات التى يحددها عقد الشركة ، وأن يباشر أعمال الادارة فى نطاقها . فاذا لم يحدد العقد هذه السلطات ، أو لم تحدد باتفاق لاحق ، كان لهذا المدير أن يقوم بأعمال الادارة العادية وكل ما يلزم لتسيير أمور الشركة . بما فى ذلك الاقتراض لحاجات الشركة اليومية [2] . أى أنه يملك الاقتراض للضرورات التى تتجدد من خلال العمل اليومى وفى حدودها بمطلق عقد الشركة دون الحاجة الى اذن خاص ، هذا عند بعض الشراح ، وعند البعض الآخر لا يملك مدير الشركة أن يقترض

(١) راجع محسن شفيق — الوسيط ج ١ بند ٣٢١ ، مصطفى طه ص ٢٩٩ ، البارودى ج ١ بند ١٦٣/ب ، على يونس بند ٧٤ .
(٢) مصطفى طه ص ٢٩٢ ، على يونس بند ٧٤ .

لمثل هذه الحاجات المتجددة مع العمل بمطلق عقد الشركة الذى لا يخوله الا الادارة العادية، أما هـذا التصرف فلابد فيـه من موافقـة الشركاء [1] كما ان موافقة الشركاء يشترطها بعض الشراح فى نوع من الاقتراض ، يزداد فيه احتمال الخطورة ، نظرا لأنه يتم فى حدود مبالغ كبيرة من أجل توسيع الاستغلال [2] .

وكذلك لا يكون لمن يتولى الادارة أن يقوم برهن شيء من أموال الشركة مـا لم يـأذن الشركاء بذلك اذنا يصدر خاصا بهذا التصرف. فاذا لم يؤذن فى ذلك فليس من حقه أن يرتب أى رهن على أى م نأموال الشركة [3] .

ولا يجوز له التبرع من أموال الشركة ، أو ابراء مدينيها ، وكذلك لا يجوز له أن يتنازل عن الرهون المرتبـة لصـالح الشركة أو أى تأمينات أخرى تقوم توثيقـا لحقوق الشركة لدى الغير .

وهكذا وفى حدود هذا التفصيل نجد شراح القانون يقتربون مما جاء به الفقه الاسلامى فى خصوص سلطات الشريك بالعمل بصـفته مديرا . ولعله يكون واضحا أن مـا أورده شراح القانون ينطبق على صاحب الحصـة بالعمل اذا تولى ادارة الشركة .

٣٢٢ ـ رأينا أنه يجب أن يلتزم من يتولى ادارة الشركة حدود ما يتضمنه العقد ، أو الاتفاق اللاحق عليه من اختصاصات وسلطات. فاذا خرج عن هذه الحدود المقررة لسلطاته ، أو حدود أغراض الشركة يعتبر مخالفا للشروط التى تولى الادارة على أساس منها .

ونجد أن شراح القانون وكذلك القضـاء يقتربون فى حالة المخالفة من فكرة تضمين المدير التى يقول بها فقهاء الاسلام . ذلك أن يده يد أمانة على ما فى حوزته أو تحت اشرافه من أموال الشركة ، فاذا تصرف على وجه يخالف الغرض الـذى قامت الشركة من أجلـه كان مسئولا بهذا الاعتبار ، فيسأل جنائيـا عن خيانة الأمانة ، حيث أن يده كما سبق أن قلنا يد أمين [4]. ويظل أيضا مسئولا عن رد أموال الشركة التى تصرف فيها بالمخالفة .

وكل تصرف يقـوم به المدير خـارج نطاق السلطات المخولة له ولحسابه الخاص ، لاتعتبر الشركة مسئولة عنه الا اذا كان من تعاقد معه يعتبره ممثلا للشركة وأن التعاقد قد تم باسمها، وأنه اعتقد أن التعاقد كان لحسابهـا . فهو لا يعلم بحقيقة هدف المدير ، أما اذا كان الغير المتعاقد مع المدير يعلم سوء نيته ، بأنه يعمل لحساب نفسه ، فلا تلزم الشركة بتعـاقده ولا يكون لهذا الغير الا أن يرجع على المدير الذى تعاقد معه شخصيا .

ويشترط بعض الشراح أن يكون هنـاك تواطؤ بين المدير ومن تعاقد معه ، ويرون أن الاكتفاء بمجرد العلم أن المدير يعمل لمصلحته الخـاصة لا يؤدى الى أبعـاد الشركة عن

---

(١) كامل مرسى ـ العقود المسماه ج ٢ ص ٥٥٨ ، عكس ذلك محسن شفيق ـ الوسيط بند ٣٢١ حيث يرى أن القرض من سلطة المدير اذا لم يحدد العقد سلطته دون أن يتوقف على اذن من الشركاء لكنه لا يعقد قروضا كبيرة أو لآجال طويلة الا أن يؤذن بذلك . نفس المعنى البارودى ج ١ بند ١٦٣/ب .

(٢) على يونس بند ٧٤ .

(٣) المرجع السابق ، مصطفى طه ص ٢٩٢ كامل مرسى ج ٢ ص ٥٥٨ ، البارودى ج ١ بند ١٦٣/ب ، محسن شفيق ـ الموجز ج ١ بند ٢٣٠ .

(٤) مصطفى طه ص ٢٩٧ ، نقض جنائى ٥١/٢/١٢ مجلة التشريع والقضاء ـ ٥ ـ قسم ٢ باب ٢ ـ ٥٢ .

مسئولية هذا التعاقد ، وذلك رعاية لاستقرار التعامل [1] .

٣٢٣ ــ ولا يتكلم الشراح عن الربح الذى يحققه المدير من جراء تصرفاته المخالفة لحدود سلطاته ، على أنه اذا كان متخطيا سياج سلطاته والحدود المرسومة لتمثيله الشركةاعتبر غريبا عن الشركة فيما تخطى فيه هذه السلطات. مما يؤدى الى القول بأن مثل هذه التصرفات لا تكون للشركة ، بل يكون المدير متصرفا فيها لنفسه مما يفضى الى أن تكون له وعليه نتائجها من كسب أو خسارة .

لكن لا يمكن التسليم بما يؤدى اليه هذا القول ،حيث أن الشركاء ملزمون بعدم الاضرار بالشركة . وكذلك كل مدير سواء كان شريكا أو غير شريك ، مع خضوع الأخير لقواعد أخرى.

وهو لذلك يجب أن يقدم حسابا عن ادارته، هذا بالاضافة الى ما سبق أن عرضناه من وجوب تقديم الشريك صاحب الحصة بالعمل حسابا عما يكون قد كسبه من عمله للشركة ، وهو يقدم هذا الحساب ولو كان موضوع حصته هو العمل فى ادارة الشركة . وما يقول به الشراح أيضا من تقديم الحساب عن الأرباح التى يكون قد كسبها من نوع العمل موضوع حصته فى الشركة ، والامتناع عن المنافسة .

كل ذلك يؤكد أن الأرباح التى يجنيها الشريك من جراء عمله لحساب نفسه أو خروجه عن نطاق حدود سلطاته يجب ردها الى الشركة مع مسئوليته عن رد أموالها . وعلى هذا تكون الأرباح من حق الشركة وتوزع على الشركاء وفقا لما تضمنه العقد ، حتى ولو كان الشريك ينوى أن يكون التصرف لحسابه الخاص ، وذلك لمعاملته بنقيض قصده .

وهذا ما قال به بعض فقهاء المذاهب الاسلامية عقابا للشريك على مخالفته لشروط العقد ، وخروجه عن حدود هذه الشروط ،حتى لا يرتب لنفسه فائدة خاصة من جراء تصرفاته المخالفة .

وهنا أيضا يثبت الفقه الاسلامى سبقه الى الجزاءات الرادعة على القانون الوضعى رغم فوارق الزمن .

المبحث الخامس
عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل عن التصرف

٣٢٤ ــ رأينا أن هذا الشريك هو صاحب الحق فى التصرف فى أمور الشركة وأموالها فى الفقه الاسلامى ، فهل يجوز عزله ؟ واذا جاز ذلك فمتى يكون ؟

وهو فى القانون الوضعى قد يكون مديرا ، والمدير فى القانون الوضعى يجوز أحيانا عزله، وأحيانا أخرى لا يجوز هذا العزل .

ونبحث وضع هذا الشريك بالنسبة للحق فى عزله فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

المطلب الأول
فى الفقه الاسلامى

٣٢٥ ــ الشريك صاحب الحصة بالعمل هو مدير الشركة (المضاربة) باعتباره صاحب الحق وحده فى التصرف لحساب الشركة ، فهو فى ذلك وكيل عن أصحاب حصص رأس المال، أو بتعبير آخر وكيل عن الشركة . وباعتباره

---
(١) راجع محسن شفيق ــ الموجز جـ ١ بند ٢٣٢ ، مصطفى طه ص ٢٩٥ هامش ٣ .

وكيلا ، والوكيل قابل للعزل دائما ، فهل يكون ككل وكيل من حيث قابليته للعزل ، وبالتالى هل يكون له الحق فى عزل نفسه عن ادارة الشركة ؟ نعرض لأقوال فقهاء المذاهب لنتبين موقفها من جواز العزل وشروطه ولنعرف منها متى يكون العزل جائزا سواء كان من الشركاء غير المديرين أو من الشريك المدير نفسه .

فمن الحنفية يقول الكاسانى : « ... ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه ... لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض لم يصح نهيه ، وله أن يبيعها لأنه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح ، فكان النهى والفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فلا يملك ذلك » [1] .

ويتفق المالكية مع الحنفية فى أن شرط العزل أن يكون المال سائلا ، أما ان كان غير سائل كأن « ... اشترى العامل به متاعا وجهازا يريد به بعض البلدان فنهاه عن أن يسافر به قال ليس لرب المال أن يمنعه عند مالك » [2] . وهذا عزل جزئى يتمثل فى المنع من القيام بتصرف معين . وكذلك الحال بالنسبة للعزل الكلى عن جميع التصرفات ، فاذا كانت أموال الشركة قد صارت عروضا « فليس لرب المال ان يرده » [3] .

ولا يتكلم المالكية عن شرط العلم بالعزل، وهو ما يشترطه الحنفية ، مما يفهم منه أنهم يكتفون بالشرط الأول ، وهو سيولة أموال الشركة لامكان عزل الشريك بالعمل عن التصرف .

أما الشافعية والحنابلة [4] فيرون جواز العزل أو الفسخ على أى حال كان مال الشركة، الا أن من الشافعية من يرى أنه « يجوز للعامل بعد الفسخ بيع مال القراض عند توقعه ربحا » [5] .

وبهذا القول يقرب القائلون به من مذهب الحنفية ، اذ أن البيع من حق صاحب حصة العمل لأن به يظهر الربح وهو ما يقصده من الشركة .

ويلاحظ أن النهى عن التصرف وهو ما يعرف بالعزل عن الادارة فى اصطلاح القانون ، يتكلم عنه فقهاء الاسلام مع الفسخ ، لأن العزل عن التصرف بالنسبة لصاحب الحصة بالعمل منع له عن أداء عمله الذى دخل به الشركة ، فيكون ذلك بمثابة فسخ للشركة ، ما لم يكن هذا النهى قد صدر فى شأن تصرف أو تصرفات معينة فقط .

مما سبق يتضح أن عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل جائز سواء كان عزلا جزئيا ، أى عن تصرف معين كالنهى عن السفر ، أو عزلا تاما،أى منعا من القيام بجميع التصرفات

وفى الحالة الأخيرة يترتب على العزل انحلال الشركة بأسرها ، اذا لم يكن فى هذه الشركة حصص عمل أخرى تتولى الأدارة .

على أن اشتراط الحنفية والمالكية لجواز العزل أن يكون المال سائلا قد روعى فيه حق الشريك صاحب الحصة بالعمل فى الأرباح المنتظرة ، حتى لا يضيع عليه هذا الحق فلا ينتج الفسخ أو العزل الكلى أثره الا وأموال الشركة

---

(١) البدائع جـ ٦ ص١٠٩ .
(٢) راجع المدونة جـ ١٢ ص ١١٨ .
(٣) المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٤) راجع نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٧٤ ، والمغنى جـ ٥ ص ٥٨ .
(٥) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ .

جميعها سائلة • وقد راعى ذلك الحق بعض الشافعية عندما أجازوا لهذا الشريك التصرف — ولو بعد الفسخ ، أى العزل الكلى — اذا كانت أموال الشركة عند العزل عبارة عن سلع وموجودات ، فله الحق فى بيعها ليصير المال سائلا ، اذا كان الربح فيها متوقعا •

ومراعاة حق هذا الشريك وما يترتب عليه من توقف الفسخ أو العزل الكلى على سيولة أموال الشركة ، والعلم به عند الحنفية ، يبين وضعه الخاص اذ هو ليس وكيلا عاديا •

٣٢٦ — أما عن عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل نفسه عن ادارة الشركة ، فهو تعبير عن ارادة فسخ الشركة من جانبه ، حيث أنه بهذا العزل عن التصرف لا يكون له — بحسب الأصل — عمل آخر يؤديه للشركة ، فيدل بذلك على ارادته الانسحاب من الشركة •

ولذلك اذا عزل نفسه عن التصرف انحلت الشركة ما لم يكن ضمن موضوع حصته أعمالا أخرى ، غير أعمال الادارة الخارجية • وفى هذه الحال يلزمه بعض الفقهاء ببيع السلع الموجودة لدى الشركة ، ترتيبا على الزامه رد رأس المال الى الصفة التى كان عليها عند بداية نشاط الشركة ، بينما لا يرى البعض ذلك الا اذا كان فى سلع وموجودات الشركة ربح متوقع [1] •

وهذا يتفق أيضا ووضع صاحب الحصة بالعمل كمدير للشركة ، من حيث مغايرته لوضع الوكيل العادى •

(١) راجع على سبيل المثال المنتقى جـ ٥ ص ١٦٣ ، المحلى جـ ٨ ص ٢٤٩ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٧٥ — ١٧٦ •

واشتراط سيولة أموال الشركة يحقق أيضا حماية مصالحها ، وتظهر فائدته بوضوح حين يكون العزل صادرا من جانب الشريك صاحب الحصة بالعمل ، بأن يعزل نفسه عن التصرف •

فهذا الشرط يجنب الشركة نتائج عزل هذا الشريك نفسه عن الادارة فى وقت غير ملائم ، خلال نشاطها التجارى • فقد يترتب على هذا العزل انحلال الشركة كلها ، بينما تكون أموالها سلعا أو ديونا لدى الغير ، أو عروضا قابلة للتلف السريع •

ولذلك فان هذا الشرط يحول دون خروجه — وهو المدير الذى يتولى التصرف — من الشركة فى وقت تحتاج الى جهوده ، وحسنا فعل بعض الشافعية حين الزموه بالاستمرار فى النشاط بعد الفسخ ولو كان من جانبه •

ويعتبر هذا الشرط قيدا على حرية هذا الشريك فى الانسحاب من الشركة •

واشتراط الحنفية [2] لوقوع العزل علم الشركاء فوق اشتراط سيولة أموال الشركة ، يتيح الفرصة أمام جميع الشركاء لتدارك الأمر ، وما يترتب على العزل من نتائج • وهذا ما يؤدى الى تحقق الاستقرار للشركة وحمايتها من فجاءات العزل فى الأوقات غير المناسبة •

المطلب الثانى
فى القانون الوضعى

٣٢٧ — لم يتكلم القانون عن عزل الشريك صاحب الحصة بالعمل عن الادارة — وهذا يتفق مع موقفه بالنسبة اليه — حيث أنه

(٢) راجع البدائع جـ ٦ ص ١١٣ •

لا يخصه بادارة الشركة ، كما فعل الفقه الاسلامى على أن هذا الشريك اذا اتفق الشركاء على أن يتولى ادارة الشركة ، خضع للقواعد العامة التى تحكم عزل المديرين .

وقد أوردت المادة ٥١٦ مدنى فى فقرتيها الأولى والثانية هذه القواعد فنصت على أنه :

(١) للشريك المنتدب للادارة بنص خاص فى عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة سائر الشركاء بأعمال الادارة وبالتصرفات التى تدخل فى غرض الشركة متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش . ولا يجوز عزل هذا الشريك من الادارة دون مسوغ ما دامت الشركة باقية .

(٢) واذا كان انتداب الشريك للادارة لاحقا لعقد الشركة جاز الرجوع فيه كما يجوز فى التوكيل العادى .

وعلى ذلك فهذا النص يفرق بين فرضين : الأول هو تضمن عقد الشركة نصا خاصا بتعيين أحد الشركاء للادارة . وعقد الشركة قد يتضمن هذا النص بين نصوصه الأصلية عند ابرامه ، كما قد يتضمنه أيضا بعد ذلك بطريق تعديله فى أى فترة من فترات حياة الشركة . ويعرف هذا المدير بالمدير الشريك الاتفاقى ، وهو يعتبر وكيلا عن الشركة من نوع خاص .

وفى هذا الفرض لا يجوز عزل هذا الشريك عن الادارة الا باجماع الشركاء بما فيهم الشريك المدير نفسه ، لأن ذلك يعتبر ادخالا لتعديل على عقد الشركة .

وقد تثور الصعوبات فى تنفيذ هذا العزل اذ يشترط موافقة الشريك المراد عزله ، وغالبا ما يعارض فى ذلك . الا اذا كان عقد الشركة قد اشترط لذلك أغلبية معينة ، وليس اجماع الشركاء . فيتم حينئذ عزل المدير دون حاجة الى موافقته .

وللتغلب على هذه الصعوبات يجوز للشركاء أن يطلبوا الى القضاء عزل هذا الشريك عن الادارة اذا وجدت الاسباب التى تبرر عزله كاهماله الخطير أو اتيانه ما يعتبر خيانة للامانة . ويقدر القاضى المسوغ الذى يرتكز الشركاء فى طلبهم العزل على اساسه .

ويترتب على عزل هذا الشريك عن الادارة أن تنحل الشركة ، لأنها قامت على تعيين هذا المدير كعنصر من عناصر التعاقد الاساسية . كما أن هذا الشريك ليس وكيلا عاديا يجوز عزله فى أى وقت من الأوقات دون أن يتأثر عقد الشركة ذاته . وذلك ما لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة بالرغم من عزل هذا الشريك .

وباعتبار أن هذا الشريك ليس وكيلا عاديا فحسب ، يمتنع عليه أيضا أن يعتزل الادارة بارادته المنفردة فى أى وقت يشاء . الا اذا كان ذلك راجعا الى أسباب قوية ، ويكون تقدير هذه الاسباب ومدى صلاحيتها لأن تكون مبررا لاعتزاله ، للقضاء يقرر فيه ما يراه .

ويترتب على اعتزال هذا الشريك ما يترتب على عزله من حل الشركة ، ما لم يكن متفقا على استمرارها بين باقى الشركاء فى مثل هذه الأحوال .

والفرض الثانى الذى نصت عليه هذه المادة هو انتداب الشريك للادارة باتفاق لاحق على العقد ، أو اذا كان تعيينه معاصرا للتعاقد وليس لاحقا عليه ، ولكن تم

بموجب عقد مستقل . فيجوز عزل هذا الشريك عن الادارة فى أى وقت دون حاجة الى موافقته ، طالما كان القرار صادرا بموافقة الشركاء الذين سبق أن انتدبوه للادارة . فاذا كان الانتداب اجماعا . لزم الاجماع ، وان كان بالأغلبية لزمت الأغلبية ذاتها لامكان عزله.

كما يجوز أن يعتزل هذا المدير الادارة فى أى وقت يشاء ، ولكن يجب عليه أن يختار الوقت المناسب لذلك ، كما يجب عليه أن يمتنع عن مفاجأة الشركة باعتزاله دون عذر جدى . على أنه اذا ترتب على اعتزاله اضرارا تلحق بالشركة كان لها أن ترجع عليه بالتعويض اللازم . شأنه فى ذلك شأن الوكيل .

ولا يترتب على عزل هذا المدير أو اعتزاله الادارة انقضاء الشركة ، حيث لا أثر لعزله أو اعتزاله على عناصر العقد وشروطه .

٣٢٨ ــ هذه هى القواعد التى يخضع لها الشريك صاحب الحصة بالعمل اذا تولى الادارة . على أنه تجب ملاحظة أن حصته اذا كانت قاصرة على الأدارة ، وقضى بعزله أو اتفق عليه حسب الأحوال ــ ولو لم يكن معينا للادارة فى عقد الشركة ، بمعنى أنه مدير غير اتفاقى ــ ترتب على العزل خروجه من الشركة وبالتالى انقضاؤها ما لم يتفق بقية الشركاء على خلاف ذلك . لأن عزل هذا الشريك عن الادارة ــ وهى موضوع حصته الوحيد ــ يترتب عليه أن لا يكون هناك عمل آخر يقوم به ، فتنتهى الحصة بالعمل ، وترتفع عن مقدمها صفة الشريك ، وباعتبار أن شخصه كان محل اعتبار الشركاء ترتب على ذلك انحلال الشركة ، ما لم يكن الشركاء قد اتفقوا على استمرار الشركة بدونه .

٣٢٩ ــ وقد تكون حصة الشريك بالعمل غير متعلقة بالادارة الخارجية ، بمعنى أن موضوعها ليس ادارة الشركة ، كما اذا كان موضوع حصته عملا فنيا أو اداريا ليس له صلة بالتعامل مع الغير . ومع ذلك فيجوز عزله فى أى وقت سواء كان معينا عمله موضوع الحصة فى العقد الأساسى أو فى اتفاق لاحق ، دون أن يترتب على هذا العزل بذاته انهيار الشركة . انما هى تنحل نظرا للاعتبار الشخصى الذى روعى فى هذا الشريك .

ويعزل هذا الشريك بتوافر نسبة الأغلبية التى وافقت على اسناد العمل موضوع حصته اليه .

كما يجوز له أن يعتزل هذا العمل بارادته المنفردة اذا لم تكن الشركة محددة المدة ، كما يتم بطريق الطلب من القضاء اذا كانت الشركة ذات مدة محددة ، على أنه فى الحالين يجب أن يستند الى أسباب معقولة ، تجنبيا للشركة من المفاجآت الضارة .

ويترتب على اعتزال هذا الشريك ، أو بمعنى آخر انسحابه من الشركة انحلال الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها بالرغم من ذلك.

٣٣٠ ــ وهذا ما يراه الفقه الاسلامى حيث أن حصة الشريك بالعمل تخوله الادارة .

فعزله عن التصرف يعتبر فسخا للشركة لأنه ليس له حصة سوى عمله الذى منعه العزل عن مزاولته . وهو حل منطقى يتفق وطبيعة هذه الحصة .

فالعزل عن التصرف معناه التوقف عن أداء الحصة ، ولابد للشريك أن يؤدى حصته فى الشركة .

فاذا لم يؤدها زايلته صفة الشريك ، فلم يعد شريكا فى الشركة . وبالتالى تفسخ الشركة اذا

كانت بين اثنين أحدهما قدم المـال ، والآخر قدم عمله • لكن اذا تعدد الشريك بالعمل فكان أكثر من واحد جاز استمرار الشركة مع من لم يعزل عن التصرف • لأن التصرف فى شركة المضاربة لا يكون الا من حق الشركاء الذين يقدمون حصصهم عملا ،فخروج أحدهم لايؤثر على الشركة لأن حق التصرف سيكون للباقى من أصحاب حصص العمل •

أما اذا كان الباقى من الشركاء بعد عزل الشريك بالعمل ، شركاء بحصص مالية وجب أن تنحل الشركة • فاذا اتفق هؤلاء الشركاء على الاستمرار ، خرج اتفاقهم هـذا عن أن يكون شركة مضاربة ، وترتب عليه تكوين شركة جديدة هى شركة أموال •

أما لو كان العزل جزئيا بأن كان عن تصرف أو تصرفـات معينة ، فلا أثر له على بقـاء الشريك فى الشركة وبالتالى لا أثر له على كيان الشركة ذاتهـا •

هذا مع ملاحظة أن الفقه الاسلامى لا يفرق بين مدير معين بنص خاص فى عقد الشركة ، وبين مدير معين باتفـاق مستقل • اذ أجاز بصفة عامة عزل الشريك عن التصرف • وكما لم يفرق فى ذلك ، لم يفرق فى النتائج المترتبة على العزل • فلا تنحل الشركة بعزل الشريك عن التصرف • اذ يبقى التصرف حقـا لباقى الشركاء دون المعزول منهم ، وعن ذلك يقـول صاحب نهاية المحتـاج : « فان قال أحدهمـا للآخر عزلتك أولا تتصرف •••• انعزل المخاطب ولم ينعزل العازل لأنه لم ينمعه أحد •• »[1] •

---

(1) جـ ٤ ص ٨ ، نفس كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٨ •

هـذه هى القاعدة العـامة بالنسبة لسائر الشركات • لكن الفقه الاسـلامى أفرد شركاء المضاربة بقواعد خاصة تتفق وطبيعتها باعتبار أن العمل فيهـا من جانب ورأس المـال من جانب آخر ، ويمتنع فيها على أصحاب حصص رأس المـال القيام بالتصرف •

٣٣١ ـ بحثت فيما سبق دور الحصـة بالعمل خلال حياة الشركة ، واتضح من البحث أن الفقه الاسلامى أعطى هذه الحصة دورا هاما ، اذ أناط بها ادارة الشركة •

ولذلك فصل الفقهـاء حدود هـذا الدور بتحديد السلطات المخولة والمصدر المنشىء لكل نوع منها وفقا لمـا يتفق ومدى خطورته •

ثم بحثت جزاء الخروج عن هذه السلطات وأردفت ذلك ببحث عزل هذا الشريك وكيفيته ومدى الحق فيه ، وكذلك عـزل هـذا الشريك نفسه عن الارادة •

لكن هل معنى ذلك أن الفقه الاسلامى يقصر دور هذه الحصة خلال هذه الفترة على التصرف فى أموال الشركة وادارتها ؟ أو بمعنى آخر هل يوجد ما يمنع أن تتقدم الحصة بالعمل ويكون موضوعها عملا آخر غير ادارة الشركة ؟

للاجابة على هذا السؤال ننظر فيما منعـه الفقه الاسلامى فى شركة المضاربة •

فاذا نظرنا فى نطاق هذا المنع نجد أنه قد أنصب على تولى الشركاء أصحاب الحصص المـالية التصرفات الخاصة بالشركة ، أو بمعنى آخر تولى ادارة شئون الشركة •

وفى خارج ذلك تسير الأمور سيرها الطبيعى فى أى شركة أخرى • اذن فالنطاق الـذى يتحـدد به المنع هو عـدم تدخل أصحاب حصص رأس المـال فى ادارة الشركة •

اذا كان الأمر كذلك فلا يوجد – فيما أرى – ما يمنع من أن يكون موضوع حصة العمل نشاطا آخر غير متعلق بادارة الشركة • وعلى هذا فيمكن أن توجد الى جوار حصص العمل التى تتولى الادارة فى هذه الشركات حصص بالعمل أخرى يكون موضوعها أعمالا مختلفة فنية أو ادارية ، كعمل المهندس المشرف على النشاط الفنى للشركة أو ادارة مصانعها ، وكذلك عمل المحاسب الذى يتولى الأمور المالية فى الشركة ، أو عمل المحامى الذى يتولى الشئون الادارية أو القانونية للشركة ، الى آخر أنواع النشاط الذى تحتاجه الشركة •

٣٣٢ – وفى هذه الأحوال جميعا يقوم الشريك مقدم الحصة بعمله وفقا للأصول المرعية فى كل عمل أو مهنة يقوم بها ، وذلك بالاضافة الى ما يتضمنه اتفاق الشركاء من حدود لهذا العمل المقدم كحصة سواء من حيث الزمن أو من حيث الكم والكيف •

وفى كل ذلك يمكن الاستهداء بما ورد فى مذاهب الفقه الاسلامى خاصا بحصة العمل التى يكون موضوعها ادارة الشركة الخارجية• فنستخلص القواعد الخاصة بكل عمل وفقا لطبيعته من تلك القواعد التى أوردها تفصيلا هذا الفقه • واذا كانت تلك القواعد قد اهتمت بادارة الشركة وهو العمل الأكثر أهمية ، ورسمت حدود حصة العمل من حيث موضوعها وفقا لما يقوم به الشريك المدير • فيكون من السهل أن نأخذ منها ونشكل قواعد جديدة وفقا لكل عمل ، اذ نكون حينئذ كمن يأخذ من الكل للجزء ما يوائمه ويتفق مع طبيعته •

فعلى سبيل المثال اذا قام مهندس بادارة مصنع للشركة وكان عمله هذا هو موضوع حصته التى دخل بها الشركة • كان فى هذه الادارة ممثلا للشركة ونائبا عنها ، ولذلك تحدد قواعد نيابته بالاستهداء بما حدد لنيابة الشريك بالعمل الذى يقوم بادارة الشركة كلها•

فادارة الشركة تتسع حدود سلطات المدير فيها عن الحدود التى ترسم لنيابة الشريك الذى يدير أحد مصانع الشركة ، فهى نيابة محدودة بحدود موضوعها أو الغرض منها •

واذا كانت السلطة التقديرية فى التصرفات قد حرص الفقه الاسلامى على اتاحة قسط وافر منها للشريك صاحب الحصة بالعمل المدير، فانه لا شك أن هذه السلطة تضيق حدودها لكى تتفق مع طبيعة العمل الذى يقوم به مدير المصنع ، اذ هو مقيد بما ترسمه السياسة العامة للشركة فى كل نشاطها ، وباعتبار المصنع جزءا من كل ، فهو يدور فى فلك السياسة التى ترسم للشركة ككل • وعلى هذا فسلطته التقديرية تكون فى حدود كيفية ادارة المصنع، وفى الطريق الذى يكفل تنفيذ هذه السياسة ، ويؤدى الى تحقيق أهداف الشركة •

وعلى العموم ففكرة النيابة عن الشركة لا يخلو منها أى عمل من تلك الأعمال التى يمكن تقديمها كحصة فى تكوين شركة ، حيث أنها جميعا أعمال تتسم بأهمية معينة ، يخرج من نطاقها العمل اليدوى العادى •

أما عن العناية المطلوبة فهى دائما عناية الرجل المعتاد ، فلا يختلف قدرها من عمل الى عمل آخر ، وفى ذلك تطبق هذه القاعدة على جميع الشركاء الذين يقدمون حصص عمل ، فى الأعمال التى يتولونها ، لأنهم حينئذ يؤدون حصصهم • كل ما هنالك أن هذا المعيار الثابت يجب أن يخضع لما هو متبع وفقا لكل عمل أو مهنة على حدة •

والشريك بالعمل فى شركات القانون الوضعى وفقا لما أورده القانون من نصوص ، لايختص بادارة الشركة • وعلى ذلك فقد يكون مديرا لهـا وقد لا يكون • وحينئـذ يقدم حصتـه عملا آخر لا يتصل بهذه الادارة ، مع ما يجب أن يكون عليه من أهمية خاصة • ويحدد اتفاق الشركاء هذه الأعمال ونطاق أدائها وحدود سلطاتها •

والفارق بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى هذا الصدد ، أن الفقه لاسلامى وضع قواعد خاصة بحصص العمل يمكن الاستهداء بها والأخذ منها لأنواع العمل التى تغاير ادارة الشركة • أما القانون فلم يضع قواعد مماثلة انما ترك الأمر للقواعد العامة التى يخضع لها الشركاء بوجه عام ، ولما يتفق عليه الشركاء من تفاصيل خاصة بكل حالة على حدة •

الفصل الثانى
وضع الحصة بالعمل إذا فسدت الشركة
" المضاربة "

٣٣٣ — خص الفقه الاسلامى الحصة بالعمل بادارة الشركة والتصرف لحسابها ، اذ جعل هذه الاختصاصات لهذه الحصة يستقل بها مقدمها دون أصحاب حصص رأس المال.

وقد تفسد الشركة لسبب من الأسباب ، فما هو أثر هذا الفساد على وضع هذه الحصة، وبالتالى على ما ترتبه من التزامات وحقوق لمن يقدمها ؟

نعرض أولا لما تفسد به الشركة ، ثم الآثار المترتبة على فسادها فى الفقه الاسلامى ، وأخيرا نعرض لموقف القانون فى الحالات التى تبطل فيها الشركة .

المبحث الأول
ما تفسد به الشركة

٣٣٤ — لكى تنعقد شركة المضاربة صحيحة يجب أن تتوفر عدة شروط : منها شروط تتعلق برأس المال ، ومنها ما يختص بالعمل ، وهى تكون معا شروط محل التزام كل شريك .

ومن هذه الشروط ما يجب توفره فى كيفية توزيع الربح ، هذا بالاضافة الى شروط أخرى، يفسد وجودها عقد الشركة .

ففيما يتعلق بشروط الصحة لايجوز الاتفاق على خلافها ، فاذا تم هذا الاتفاق المخالف ، كان المتفق عليه نتيجة لهذا الخلاف شروطا فاسدة . وتختلف النتائج المترتبة على هذه الاتفاقات المخالفة أو بمعنى آخر الشروط الفاسدة ، تبعا لمدى المخالفة .

فمن هذه الشروط ما لا يؤدى الى فساد الشركة ذاتها ، بل يقف الفساد عنده لا يتعداه، فيفسد وحده ويصح عقد الشركة باستبعاد الشرط الفاسد .

ومن هذه الشروط ما يؤدى الى فساد عقد الشركة بأسره . ومنها ما يفقد عقد شركة المضاربة وصف الشركة ويؤدى عند البعض الى استخلاص عقد آخر منه وذلك تصحيحا للاتفاق الذى تم بين العاقدين ، اذا أمكن هذا التصحيح .

ونعرض لشروط صحة هذا العقد ، ثم أمثلة لشروط فاسدة بذاتها،ثم نعرض للآثار المترتبة على الاتفاقات المخالفة لشروط الصحة من حيث العقد صحة وفسادا ، استظهارا لما تفسد به الشركة .

أولا ــ الشروط المتعلقة برأس المال

٣٣٥ ــ يشترط فى رأس المال أن يكون عينا ، فلا يجوز أن يكون دينا ، الا اذا وكل صاحب حصة العمل فى استيفائه أولا [١] ، ثم تنعقد الشركة عليه بعد استيفائه ، وذلك عند الحنفية والحنابلة والزيدية دون غيرهم من المذاهب .

فيقول الزيلعى : « ولو قال له اقبض دينى من فلان واعمل به مضاربة جاز لأن هذا توكيل بالقبض ، واضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا . بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى لى عليك ، حيث لا تجوز المضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء ، والتوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبى حنيفة فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمأمور . وعندهما (أبو يوسف ومحمد) يصح التوكيل بالشراء بما فى ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر ، لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها .. » [٢]

ويتضح من ذلك أن المضاربة التى تعقد على دين فى ذمة صاحب الحصة بالعمل تنعقد غير صحيحة عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وان سلك الصاحبان مسلكا مغايرا لمسلك الامام فى تبرير عدم الصحة . أما اذا كان الدين فى ذمة غير المضارب واتفق مع صاحب الدين على أن يستوفيه ثم تنعقد به شركة المضاربة بعد الاستيفاء ، فهى جائزة صحيحة ، « لأن المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا » [٣] .

وللحنابلة ما جاء فى كشاف القناع من اجازة تعليق شركة المضاربة على قبض الدين من الغير « أو قال رب المال اقبض دينى من فلان وضارب به صح ، لأنه وكله فى قبض الدين أو الوديعة وعلق المضاربة على القبض وتعليقها صحيح » [٤] .

وللزيدية فى ذلك قولان أصحهما يتفق مع ما يذهب اليه الحنفية والحنابلة ، فقد جاء فى البحر الزخار : « ويصح عقدها على دين فى ذمة العامل أو سلعة على أن يكون ثمنها مضاربة اذ المال هنا كالمقبوض . قلت وفيه نظر الا أن يوكله بقبضه ثم يجعله مضاربة » [٥] .

اذا كان فقهاء هذه المذاهب قد أجازوا عقد شركة المضاربة على دين فى ذمة الغير يتم استيفاؤه ، فانما أسسوا رأيهم هذا على أن صاحب الحصة بالعمل يعتبر وكيلا عاديا فى استيفاء الدين ، فاذا تم هذا الاستيفاء تم انعقاد شركة المضاربة . وفى هذه الحالة ينعقد العقد على رأس مال عين .

ويرى المالكية عدم جواز انعقاد شركة المضاربة على هذه الصفة بعد استيفاء الدين ، فقد جاء فى المدونة : « فان قلت له اقتض دينى الذى على فلان واعمل به قراضا ، قال لا يجوز هذا عند مالك . قلت فان اقتضاه وعمل على هذا فربح أو وضع قال لم أسمع من مالك فيه شيئا ، وأرى أن يعطيه أجر مثله فى تقاضيه

---

(١) العين هو النقد ، والمقصود هنا ان يكون المال نقدا حاضرا ، غير دين فى ذمة الغير أو ذمة الشريك بالعمل ، لان الدين مال ثابت فى الذمة ولا يكون فى متناول اليد لتبدأ به الشركة .

(٢) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٥٣ .

(٣) البدائع ج ٦ ص ٨٢ .

(٤) ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٥) ج ٤ ص ٨١ .

ويرد الى قراض مثله . قلت أرأيت دينا لى على رجل أمرته أن يعمل به قراضا أيجوز ذلك عند مالك . قلت لم ؟ قال خوفا أن يكون انما اعتزى أن يؤخره بالدين ويزيده فى دينه » [1] .

ويتفق مع المالكية فى عدم جواز انعقاد شركة المضاربة على الدين سواء كان فى ذمة الغير أو فى ذمة الشريك صاحب الحصة بالعمل، كل من الشافعية وأهل الظاهر والامامية [2] .

ويتضح أن المالكية يستشعرون الخوف فى حالة ما اذا كان الدين على شخص صاحب الحصة بالعمل فمنعوا عقد المضاربة على هذا الدين ، حتى لا يحاول الدائن والمدين الاتفاق على عقد صورى يتستران به على محاولة التعامل بالربا . ولا شك أن بقية المذاهب حتى تلك التى أجازت عقد هذه الشركة على دين فى ذمة الغير ، تستشعر هذا الخطر وان لم تفصح عنه حيث أنها منعت انعقاد شركة المضاربة برأس مال هو دين فى ذمة أحد الشركاء .

ولعله يكون جديرا أن نذكر هنا أن القانون أجاز أن يكون ما يقدمه الشريك حصة فى رأس مال الشركة دينا له فى ذمة الغير . واذا كان فقهاء الاسلام الذين أجازوا شركة المضاربة على ذلك انما رأوا أن عقدها يتم عند الاستيفاء، فان القانون وان لم يشترط ذلك فقد اشترط على هذا الشريك ضمان يسار مدينه حتى يتم الوفاء بالدين . ويترتب على ذلك عدم انقضاء التزام الشريك الذى يقدم حصته فى رأس مال الشركة دينا فى ذمة الغير الا بوفاء المدين . كما ألزمه القانون أيضا بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن عدم الوفاء عند حلول أجل الدين (م ٥١٣ مدنى) .

والقانون بمسلكه هذا انما قد خرج عن القواعد العامة فى حوالة الحق ، حيث لا ضمان على المحيل ليسار المحال اليه . وقد اقتضى هذا الخروج التأمين الواجب للشركة مما قد يقع من غش ناتج عن تقديم الشريك حصته دينا له قبل الغير يستحيل استيفاؤه .

٣٣٦ — ويشترط أن يكون رأس المال نقدا لا عرضا الا اذا بيع العرض وذلك عند الحنفية وأهل الظاهر والامامية والزيدية ، وتنعقد الشركة على ثمنه . وصورة ذلك أن يقدم الرجل العرض كحصة له فى رأس المال ليباع وتبدأ الشركة نشاطها بثمن المبيع .

ويرى الحنفية أن هذه الصورة تتضمن توكيل رب المال للشريك صاحب الحصة بالعمل فى بيع عرضه ، وعقد شركة المضاربة على ثمن المبيع . يقول الزيلعى : « ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز ... ولنا أنه وكله ببيع العرض أولا وهو كبيعه بنفسه ، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض فى يده فوجب القول بجوازه ... لأن المضاربة ليس فيها الا توكيل واجاره ، وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع ، وهذا لما عرف أن الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط ، ألا ترى أن الاضافة سبب للحال دون التعليق » [3].

وفى كل ذلك يتفق الظاهرية والزيدية والامامية مع الحنفية [4] .

---

(١) جـ ١٢ ص ٨٨ .

(٢) راجع حاشية البجيرمى جـ ٣ ص ١٦٣ ، والمحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ ، ومفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٤١ وما بعدها .

(٣) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٣ .

(٤) راجع المحلى جـ ٨ ص ٢٤٧ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٨١ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٤٢ .

أما الشافعية والحنابلة والمالكية فلا يرون جواز ذلك ، فالمالكية يرون أن رب المال فى هذه الصورة يشترط لنفسه فضلا ومنفعة تتمثل فى بيع سلعة وما يكفيه من مؤنتها [١]. وبالاضافة الى ذلك يقول ابن رشد : « فان مالكا منعه .. وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة . وعلى بيع السلعة ، جهول فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما بيع به السلعة مجهول فكأنه انما قارضة على رأس مال مجهول » [٢] . ومع ذلك يرى صاحب الشرح الكبير أن عقد شركة المضاربة على ثمن السلع المبيعة جائز اذا باشر البيع شخص آخر غير صاحب الحصة بالعمل . ويعقب الدسوقى على هذا الرأى بقوله: «أن المعتمد المنع مطلقا» [٣].

أما الشافعية فيرون فى ذلك جهالة بمقدار رأس المال وتعليقا لعقد المضاربة [٤]

والحنابلة يرون أن ثمن العرض الذى سيباع به معدوم ، ولا يملكه رب المال الا بعد البيع [٥] .

أما عن العرض ذاته فيتفق الجميع على عدم جواز عقد شركة المضاربة عليه وذلك ليس لسبب راجع للعرض ذاته انما هو لما يلازم الاشتراك به من أمور تؤدى الى الفساد ، مثال ذلك :

(١) الجهالة المفضية الى النزاع،فالعروض ليست من ذوات الأمثال ولابد من الاعتداد بقيمتها لتحديد قدر رأس المال ، وبالتالى قدر الربح . ومعرفة القيمة تكون غالبا عن طريق الحزر والظن .

(٢) حصول الشريك صاحب الحصة بالعمل على ربح مال لم يدخل فى ضمانه ، اذ أن التصرف الأول فى العروض يكون بالبيع . فاذا حصل من هذا البيع ربح . شارك هذا الشريك مالك العرض فيه دون أى ضمان يلتزم به وهو ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهذا ما يحدث أيضا اذا ظهر الربح قبل التصرف فى العرض بالبيع نتيجة لتقلب الأسعار [٦] .

(٣) أن الشركة فى العروض تؤدى الى الغرر لأن الذى يقبض العرض ، يقبضه وهو يساوى قيمة ويرده ، وهو يساوى قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولين [٧] .

٣٣٧ — ولعل أسباب المنع من المشاركة فى رأس المال بالعرض ترجع فى أهمها الى المخاوف من الافضاء الى النزاع بسبب تقدير هذه الحصص ، وكذلك الحيلولة دون حصول البعض على ربح ليس لهم حق فيه .

واذا نظرنا الى هذه الأسباب نجد أنها تكاد تكون ذات المخاوف التى تكتنف تقديم الحصص العينية فى شركات القانون الوضعى ولذلك وضع القانون وسائل لتقويم هذه الحصص تقويما سليما بعيدا عن المغالاة .

وتكون قيمة هذه الحصص وقت تقديمها هى القدر الذى يسهم به الشركاء الذين يقدمونها فى رأس المال .

(١) تنوير المحالك جـ ٢ ص ١٧٥ .
(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٤ .
(٣) حاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ ٣ ص ٥٤٥ .
(٤) أسس المطالب جـ ٢ ص ٣٨١ .
(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٤ .

(٦) راجع فيما سبق المبسوط جـ ١٢ ص ١٦١، والبدائع جـ ٦ ص ٥٩ ، التحرير المختار جـ ٢ ص ٧٠ .
(٧) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٣٤ .

وعلى هذا أرى أنه اذا أمكن ازالة أسباب منع الدخول فى شركة المضاربة بالعرض كحصص فى رأس مالها ، أمكننا القول بجواز ذلك • واذا كنت أحاول هذه المحاولة فليس فى اعتبارى ذلك العرض الذى يقدم ليباع ثم يشترى بثمنه سلعا أخرى تبدأ بها الشركة نشاطها • انما أقصد الى ذلك العرض الذى يتمثل فى الأموال العقارية أو المنقولة التى تحتاجها الشركة خلال حياتها ،كالأرض الفضاء أو المصانع المبنية ، أو المحال التجارية ، أو وسائل النقل بالاضافة الى الحقوق المعنوية كبراءات الاختراع • فهذه الأموال والحقوق أصبحت لا غنى للشركات عنها فى الغالب • ومع ذلك فالمخاوف تحيط بها من كل جانب •

فالمبالغة فى التقويم ينجم عنها أضرار جمة، على الشركة ذاتها وعلى دائنيها وأيضا على الشركاء الآخرين أصحاب الحصص النقدية •

ويلحق الضرر بالشركة حيث أنها تبدأ نشاطها برأس مال يقل تقديره عن الحقيقة • والضرر يصيب الدائنين لانهيار جزء من ضمانهم الذى يعتمدون عليه • ثم من وراء ذلك يحيق الضرر بالشركاء الآخرين نتيجة لحصول أصحاب الحصص العينية على أنصبة من الأرباح تزيد على حقهم ، فيقل فى نفس الوقت نصيب الشركاء أصحاب الحصص النقدية من الأرباح •

اذن يحصل أصحاب الحصص العينية بمغالاتهم فى تقدير حصصهم على ربح مال لم يدخل فى ضمانهم •

ويضيف الفقه الاسلامى الجانب الآخر للفرض الذى تقدم فيه هذه الحصص ولتقويمها، وهو اذا تم تقويمها بأقل من قيمتها الحقيقة ، فتنقلب هذه النتائج بالضرر على أصحاب هذه الحصص وتعود بالفائدة غير المستحقة لأصحاب الحصص الأخرى •

وقد عالج القانون الوضعى موضوع تقويم هذه الحصص بادخال عنصر محايد للنظر فى تقويمها والتحقق من أن التقدير قد تم صحيحا• ثم يعرض الأمر بعد ذلك على بقية الشركاء فى اجتماع جمعيتهم التأسيسية،ولها أن توافق على التقويم أو ترفضه مستعينة فى قرارها بما أبداه الخبراء من الرأى • ويكون لأصحاب الحصص العينية الخيار فى أن يبقوا فى الشركة أو الانسحاب منها وفق ما ينتهى اليه أمر تقدير هذه الحصص •

٣٣٨ ــ والفقه الاسلامى قد أوجد حلا فى هذا الصدد بالنسبة لشركات الأموال ، فاذا كان الأصل فيه عدم جواز المشاركة بالعروض، الا أنه اتخذ الوسيلة الفعالة التى تحول دون تحقق المخاوف من تقديم هذه الحصص•وكانت طريقته حاسمة فى ذلك اذ أنه يرى لاجازة هذه الحصص فى شركات الأموال وجوب تحقيق ملكية جميع الشركاء المشتركة فى الحصص العينية • ثم انعقاد الشركة على كل الأموال المقدمة من الجميع •

أما بخصوص شركة المضاربة فنظرا لوجود عنصر عمل لا يدخل ضمن العناصر المكونة لرأس المال ،فلا يطبق فى هذه الشركة ما سبق أن قرره الفقه بالنسبة لشركات الأموال • ولذلك منع جمهور الفقهاء المشاركة فى رأس مال شركة المضاربة بالعروض •

ويروى عن الأوزاعى وابن أبى ليلى أنهم أجازوا هذه الحصص فى شركات المضاربة ، أى أنهم أجازوا عقد شركة المضاربة على رأس

مال كله عروض (١) • ويقول بن رشد فى هذا الصـدد : « واختلفوا فى العروض فجمهور فقهاء الأمصـار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوزه ابن أبى ليلى ••• ثم يروى ما حكى فى ذلك عن ابن أبى ليلى فيقول أنه أجاز اعطاء ••• الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على أن يجعل أصل المـال الثمن الـذى اشترى به الثوب » • ويرى ابن رشد أن ذلك ، « أقرب الوجوه الى الجواز » (٢) •

اذا كان الأمر كذلك عند هذا الفقيه ، وهو بلا شك قد أجاز العرض فى هذه الشركة على أساس من الاطمئنان الى وسيلة يحدد بهـا قيمة العرض ، وهو فى الفرض الذى تضمنه النص السابق ثمن شراء العرض • فلعله يكون ملائما اجازة الدخول بالعروض فى شركات المضاربة ، على أن يتبع فى تقويمها ما استحدث من وسـائل فعـالة تكفل سـلامة التقويم بالاسـتعانة بأهـل الخبرة من حيث خبرتهم والاطمئنـان الى حيـدتهم • ويكون تقـويم العرض هو المقـدار الذى يدخل به مقـدمة كحصة له فى رأس مال الشركة •

٣٣٩ — ويشترط أيضا **أن يكون رأس المـال معلوما** ، وأن يسلم للشريك الذى يقدم عمله حصة فى الشركة فيتخلى عنه أصحاب رأس المـال ، لتستقل به يد هذا الشريك (٣) •

ويكون رأس المـال معلوما اذا كان نقدا ، أو حصصا عينية تم تقويمها التقويم السليم ، الذى يتفق مع حقيقة قيمتها • وبذلك يتم علم الجميع بمقدار رأس المـال الذى تنعقد عليه الشركة ، ويعتبر هذا شرطا جوهريا مانعـا من الافضـاء الى جهالة تنطوى على أسباب النزاع •

وكل شرط مخالف لشروط رأس المـال هو شرط فاسد يمتد فساده ليلحق بالعقد بأكمله فيقوضـه •

ثانيا — الشروط المتعلقة بالعمل

٣٤٠ — يشترط فى العمل موضوع الحصة عدة شروط أهمها أن يكون :

تجارة أو صـناعة (٤) فلا يجـوز أن يكون موضوع هذه الحصة حرفة بسيطة ، حيث أن هذه الحرف مضبوطة وغالبـا ما تكون عملا يدويا بسيطا يمكن الاستئجار عليهـا فى يسر وسهولة ، تغنى عن التحمل بجهالة العوض • ولذلك لا يصح عقد المضاربة عليهـا •

وأن يستقل صاحب الحصـة بالعمـل بكل التصرفات ، فلا يجوز أن يشترط عمل صاحب المـال معه (٥) • كما يشترط أن لا يضيق فيه على الشريك صاحب الحصة بالعمل — عنـد الشافعية والمـالكية — كما لو عين من يتعامل معه أو قيد النشاط التجارى بنوع معين من التجارة (٦) •

وكل اتفاق على خلاف هذه الشروط يعتبر شرطا فاسدا لا يقف فساده عند حدود الشرط وحده بل يتعداه الى عقد الشركة فيفسده •

ثالثا — الشروط المتعلقة بالربح

٣٤١ — تنقسم الشروط المتعلقة بالربح الى قسـمين ، القسم الأول منها يتفق الفقهاء على

---

(١) راجع ما جاء فى مسائل الخلاف للطوسى جـ ١ ص ٢٦٨ •
(٢) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٤ •
٣ — انظر ما سبق بند ٢٨١ وما بعده •

(٤) راجع ما سبق بند ١١٤ و ١١٦ •
(٥) وذلك عند غير الامامية ، واحد الرايين للحنابلة •
(٦) راجع ما سبق بند ٢٨١ وما بعده •

الآثار المترتبة على الاتفــاقات التى تتضمنها عقود الشركة على خلافها •

والقسم الثانى اختلفت الآراء حول الآثار المترتبة على الاتفاقات المخالفة له •

القسم الأول أن يكون نصيب كل من الشركاء فى أرباح الشركة معلوما ، فلا يجوز السكوت عن تحديد هذه الأنصبة •

وأن يكون تحديد هذه الأنصبة بالنسب ، وليس بتحــديد مقدار معين عــددا كمــائة جنيه مثلا • أو أن يضــاف الى النسبة من الربح مبلغا محددا •

كذلك لايجوز اشتراط فائدة عينية ــ كسكنى دار للشركة ، أو الانتفاع بمال لها ــ بالاضافة الى الأنصبة من الأرباح ولو كانت محــددة بالنسبة •

والاتفاق الذى يتم مخالفا لهذه الشروط يفسد عقد الشركة ذاته • لأنه يؤدى اما الى جهالة أنصبة الشركاء من الربح ، والجهالة تفضى الى النزاع • وأما أن يؤدى الى حرمان البعض من المشاركة فى الربح ــ وهو مقصود الشركاء ــ فى الحالة التى لا يتحقق فيها ربح أكثر من المبلغ المتفق عليــه لأحــد الشركاء بطريق التحديد العددى •

القسم الثــانى وهو ما اختلفت حول أثره آراء الفقهاز ، هو أن لا يختص أحد الشركاء بكل الربح • فالمالكية أجازوا الاتفاق المخالف، أى الذى يترتب عليه استئثــار أحد الشركاء بكل الربح ، فقد رأوا فى ذلك شرطا صحيحا وليس فاسدا •

أما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروه شرطا فاسدا يمتد أثره الى العقد ذاته فيأتى عليه•

واختلف مسلك الحنفية فرتبوا على الاتفاق المخالف لهذا الشرط أثرا آخر ــ وقاية للعقد من الفساد ــ فقــالوا بتحول عقــد شركة المضاربة الى عقد آخر ، اعتبارا لنية المتعاقدين وتطبيقا لقاعدة « العبرة بالمقاصد والمعــانى وليست بالألفاظ والمبانى » [1] •

رابعا « وتوجد شروط أخرى تعتبر شروطا فاسدة بذاتها نعرض لها ولأثرها عند الفقهاء:

٣٤٢ ــ أ ــ اشتراط جزء من الخسارة على صاحب الحصة بالعمل ، وهذا الشرط فاسد ، لأنه لا يجوز أن يتحمل صاحب الحصة بالعمل جزءا من الخســارة يزيد على العبء الذى يتحمله عادة فى حالة الخسارة وهو فقد نصيبه من الربح

ويقف فســاد هذا الشرط عنــده دون أن يتعداه الى عقد الشركة عند الحنفية والحنابلة• أما الشافعية والمالكية فيرون فى فساد هــذا الشرط فســادا متعــــديا الى عقــد الشركة فيقوضه • [2]

ب ــ اشتراط لزوم العقد لمدة معينة يمتنع فيها فسخه ، وهذا الشرط فاسد ايضا لانه يخالف مقتضى عقد الشركه وهو عدم اللزوم ، فيكون لكل من اطرافه ان يفسخــه بارادته المنفردة ، دون توقف على رضا بقية الأطراف• ولذلك يفسد هذا الاتفاق ، ويمتــد فســاده ليلحق بالعقد ذاته عند المــالكية والشافعية ،

---

(١) راجع ما سبق بنــد ١٦٨ وما بعــده . وسنبحث الاثر المترتب على اختصــاص احــد الشركاء فى المبحث الأخير فى هذا الفصل .

(٢) راجع ما سبق بند ١٨٠ .

(٣) سنعود لبحث هذا الموضــوع فى المبحث الأول من الفصل الثالث من هذا الباب .

ويفسد هذا الاتفاق وحده دون أن يمتد الى العقد عند الحنفية والحنابلة [1] .

٣٤٣ — رأينا فيما سبق الشروط التى يجب توافرها لصحة عقد شركة المضاربة ، وأشرنا فى ايجاز الى أثر الاتفاقات المخالفة لهذه الشروط ، فهى قد تمتد الى العقد ذاته فتفسده عند الجميع ، وأما أن يختلف الرأى حولها فيقتصر الفساد على الشرط وحده عند البعض ، ويمتد الى العقد ذاته عند البعض الآخر ، كما رأينا أن البعض يرى فى بعض الاتفاقات المخالفة ، اتفاقات صحيحة وليست فاسدة .

على أنه اذا تضمن العقد اتفاقا مخالفا لشرط من شروط الصحة ، ويمتد أثر هذا الاتفاق المخالف ليلحق بعقد الشركة فيجعل منه عقدا فاسدا ، فيجب الحكم ببطلان هذا العقد ، وهو ما يقصده الفقهاء بقولهم أن العقد يفسخ فى هذه الأحوال ، وذلك اذا لم يتم فسخه من المتعاقدين .

وباعتبار أن عقد الشركة قبل أن يفسخ تراضيا أو قضاء ، كان قد رتب آثاره ، حيث قد نشأت عنه شركة — كشخص معنوى — فلا يمكن اهدار ذلك الكيان الذى عاش فترة من الزمن .

لذلك يكون أثر هذا الحكم منصبا على المستقبل فيمتنع العمل بموجبه ، وينهى كيان الشركة التى كانت قائمة على أساس فاسد.

ولا يستحق أحد من الشركاء أى نصيب فيما قد يكون قد تحقق للشركة من أرباح وفقا للشروط التى تضمنها العقد ، بل يتحول عنها الى القواعد العامة كما سنرى .

وقد عبر الباجى عن ذلك بقوله : « فاذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئا فسخ ، وأن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل[2] .

وعلى ذلك يجب القضاء ببطلان هذا العقد فى أى فترة يبين فيها فساده ، فاذا ظهر ذلك قبل بداية النشاط يفسخ عقد الشركة،ولايترتب على ذلك أى أثر نظرا لعدم الدخول فى علاقات باسم الشركة مع الغير . فيهدر العقد بأثر رجعى وتمحى جميع آثاره دون أن تتأثر أية مصالح للغير بذلك .

واذا لم يتضح فساد العقد الا بعد مباشرة الشركة لنشاطها يقضى ببطلانه عندئذ ، وتكون آثار هذا القضاء الامتناع عن الاستمرار فى العمل ، أى أن كل ما تم قبل القضاء ببطلان عقد الشركة يظل منتجا لكافة آثاره .

المبحث الثانى
الآثار المترتبة على فساد العقد بالنسبة للحصة بالعمل

٣٤٤ — رأينا كيف أن بطلان عقد الشركة لا يترتب عليه الا آثارا بالنسبة للمستقبل ، أما ما يكون قد تم منذ ابرامه وحتى القضاء ببطلانه فيظل منتجا لآثار ، وان حكمت نتائج هذه الآثار قواعد أخرى غير تلك التى تضمنتها نصوص العقد .

---

(١) راجع فى كل ما يتعلق بالشروط الفاسدة: البدائع جـ ٦ ص ٨٢ وما بعدها ، المبسوط جـ ٢٢ ص ٣٥ وما بعدها . نهاية المحتاج جـ٤ ص ١٦١ وما بعدها ، حاشية البجيرمى جـ ٣ ص ١٦٣ وما بعدها . المنتقى جـ ٥ ص ١٥٣ وما بعدها. المغنى لابن قدامه جـ ٥ ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) المنتقى جـ ٥ ص ١٥٩ .

ولما كانت الحصة بالعمل ترتب لمن يقدمها ـ فى الفقه الاسلامى ـ الحق فى ادارة الشركة والتصرف لحسابها فى حدود النطاق المرسوم لأغراض الشركة ، واختصاصات هذا الشريك بصفته مديرا . كان لزاما أن نبحث وضع هذه الحصة وما ترتبه من حقوق أو التزامات بالنسبة لمقدمها اذا فسدت الشركة .

وقد فصل علماء الفقه الاسلامى ما يحكم هذا الوضع ، دون القانون ـ وهو أمر منطقى يتفق مع الوضع الذى اختص به حصة العمل فى حياة الشركة ـ حتى تكون جميع الأمور لا سيما ما يتصل بطبيعة هذه الحصة واضحة دون لبس ، للحيلولة دون وقوع ما من شأنه أن يفضى الى النزاع .

ولما كانت صفة صاحب الحصة بالعمل كشريك انما تتأكد اذا تحقق للشركة أرباح ، حيث لا شركة له فى رأس المال . رأى الفقهاء أن صفة الشريك تزول عن صاحب الحصة بالعمل نتيجة لفساد عقد شركة المضاربة .

وطالما أن فساد هذا العقد يترتب عليه التحول عن الشروط التى تضمنها ، فتصفى حقوق أطرافه وفق قواعد أخرى ، فمثلا توزع الخسائر والأرباح وفقا للقواعد العامة فى توزيع الأرباح والخسائر . لذلك يفقد صاحب الحصة بالعمل نصيبه المشروط له فى العقد ، تبعا لاهدار جميع ما تضمنه العقد من شروط .

ولما كان هذا الشريك قد أدى عملا للشركة قاصدا الى الحصول على مقابله ، كما أن هذا المقابل يعتبر حقا له . يجب الحصول عليه ولكن وفقا لمعيار آخر يقدر به ، حيث أن صفته كشريك ـ كما سبق أن قلنا ـ قد زالت عنه ولذلك يعتبر عاملا أجيرا ، فيقدر عمله بمعيار أجر المثل .

وتبعا لهذه التغييرات التى تترتب على فساد عقد الشركة ، بحث فقهاء المذاهب الاسلامية مدى بقاء صفة الامانة لدى صاحب الحصة بالعمل ، ومصير تصرفاته التى أجراها لحساب الشركة ، وحقه فى الربح أو ما يقابل حصته.

ونتكلم فيما يلى عن هذه النقاط الثلاث .

المطلب الأول
مدى بقاء صفة الأمانة

٣٤٥ ـ رأينا أن صاحب الحصة بالعمل فى الشركة الصحيحة أمين ، وعلى هذا لا يسأل عن التلف أو الخسارة التى تحدث فى أموال الشركة الا اذا كان ذلك ناتجا عن تفريطه أو اهماله ، وهو لذلك يصدق فى كل ما يختص ببراءته عن الضمان ... الخ [(١)]

وهو يظل كذلك اذا فسدت الشركه . لان تسلمه ادارة الشركه وتوليه شئون التصرف فى اموالها كان باتفاق واذن باقى الشركاء . وهذا ما يراه الحنفيه والحنابله والمالكيه والشافعية ، ويروى فى هذا الصدد خلاف بين كل من الامام ابى حنيفه وصاحبيه .

يقول صاحب البدائع عن ذلك : « والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك والضياع فى المضاربة الفاسدة مع يمينه ، هكذا ذكر فى ظاهر الروايه . وجعل المال فى يده أمانة كما فى المضاربه الصحيحه . وذكر الطحاوى فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه فى قول ابى حنيفه وعندهما يضمن كما فى الاجير المشترك اذا هلك المال فى يده . » [(٢)]

---

(١) راجع ما سبق بند ٢٣٤ وما بعده .
(٢) جـ ٦ ص ١٠٨ .

على ان من فقهاء الحنيفه من يطرح ما يرويه الطحاوى آخذا بما جاء فى ظاهر الرواية فيرى ان الائمه الثلاثه يقررون عدم دخول المال فى ضمان صاحب الحصة بالعمل اذا فسدت الشركه .

ويروى الشلبى ذلك فى حاشيته على الزيلعى عن الاسبيجابى : « ولو وضع المال أو تلف فلا ضمان عليه لأنه أمين وقيل هذا على قول أبى حنيفة وعندهما يكون مضمونا لأنه بمنزلة الأجير المشترك والأصح أنه لا ضمان عليه على قول الكل ، لأنه أخذ بحكم المال ، والمال فى يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة . وهذا لأنه لما قصد أن يكون المال مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا » [(١)] .

وللحنابلة فى شأن هذه الصفة ما يقوله ابن قدامة من أنه « لا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض فى صحيحه مضمونا كان مضمونا فى فاسده وما لم يكن مضمونا فى صحيحه لم يضمن فى فاسده . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو يوسف ومحمد يضمن » [(٢)] .

ويلاحظ أن ابن قدامة فى هذا النص قد أورد قاعدة عامة فيما يتعلق بالأمانة والضمان فى العقود ، وذلك بقوله أن ما تكون صفة الأمانة من مستلزماته اذا كان صحيحا ، ظل ذلك فى العقد اذا فسد ، والعكس صحيح .

وبقاء صفة الأمانة لصاحب الحصة بالعمل فى الشركة الفاسدة هو ما يفهم من أقوال المالكية والشافعية . فما يرويه الباجى بصدد اشتراط جزء من الخسارة على المضارب يفهم منه بقاء هذه الصفة ولو فسدت الشركة ، وهذا نص ما يقوله : « فاذا دفع القراض على الضمان وجب فسخه ما لم يفت ، فان فات بطل الشرط ورد فيما مضى منه ما لابد منه فى تحصيل رأس المال على هيئته الى قراض المثل » [(٣)] .

ولا يرد المضارب الى قراض المثل الا اذا كانت الشركة فاسدة . حيث لا يكون له الحق فى الحصول على النصيب المسمى له . ومع ذلك فلم يذكر شيئا عن تحول المال الى ضمان صاحب الحصة بالعمل — مع ملاحظة أن اشتراط هذا الضمان كان هو السبب الذى أفسد العقد — بل هو يذكر أن التصرفات تعتبر صحيحة اذا تمت قبل الفسخ ، وهذا يدل على أن صفة الامانة تظل باقية لصاحب الحصة بالعمل .

وللشافعية ما جاء فى نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه ، فيقول صاحب نهاية المحتاج : « واذا فسد القراض وبقى الاذن لنحو فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك نفذ تصرف العامل نظرا لبقاء الاذن كالوكالة الفاسدة ، أما اذا فسد لعدم أهلية العاقد .. فلا ينفذ تصرفه . » ويعقب الشبراملسى على نتائج فساد العقد لعدم الأهلية بقوله : « ويضمنه ضمان الغصوب لوضع يده عليه بلا اذن من مالكه » . [(٤)] .

ويفهم من ذلك أن الفساد اذا كان راجعا الى سبب غير أهلية الشركاء ، تنفذ تصرفات صاحب الحصة بالعمل وتظل له صفة الأمانة، تماما كما كان فى العقد الصحيح ، وذلك لأن

---

(١) هامش تبيين الحقائق ج ٥ ص ٥٥ .
(٢) المغنى ج ٥ ص ٦٦ .
(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٦٤ .
(٤) نهاية المحتاج وهامشه ص ١٦٨ — ١٦٩ .

رضا الشركاء واذنهم بقبض المال يظل باقيا دون ما يمسه من أسباب اهداره •

أما الزيدية فيرون أن صاحب الحصة بالعمل تزول عنه صفة الأمانة ، وتدخل أموال الشركة فى ضمانه اذا فسد عقد الشركة • وعن ذلك يقول ابن المرتضى : « وفسادها يوجب ضمان المال اذ يصير كأجير مشترك ••• قلنا أمانته فرع صحة العقد ، فاذا فسد صار أجيرا مشتركا » [1] •

٣٤٦ — مما سبق يمكن القول أن الفقه الاسلامي وفقا لما تراه أغلبية مذاهبه يقرر أن صاحب الحصة بالعمل تظل له صفة الأمانة اذا فسدت الشركة ، ولا يصير بفسادها ضامنا لما فى حوزته من أموال الشركة • فان فساد عقد الشركة لا ينفى أن قبض المال كان باذن الشركان أصحاب حصص رأس المال ، كما أن تصرفاته فى هذا المال تقوم على أساس ، من الوكالة التى يتضمنها عقد الشركة • مما يمكن معه القول أنه لا تعارض بين صفة الأمانة وبين ما تؤول اليه الشركة من فساد عقدها •

كما أنه لو اعتبر ضامنا للمال ، لتحمل أعباء لم تتصرف ارادته أو ارادة شركائه عند العقد الى أن يتحملها • بالاضافة الى كل ذلك فان بقاء صفة الامانة هو ما يتفق مع عقد ترتب عليه قيام كيان جديد هو الشركة ، حتى ولو كانت فاسدة •

المطلب الثانى

مصير تصرفات صاحب الحصة بالعمل

٣٤٧ — اذا فسدت الشركة وجب أن يمتنع على الشركاء المخولين حق التصرف أن يتصرفوا فى أموال الشركة بعقد صفقات جديدة • فيسلب منهم هذا الحق • لأنهم خولوه بناء على صفاتهم كشركاء ، وهذه الصفة تزول تبعا لفساد عقد الشركة •

ولا تثور أية صعوبات فيما اذا كان هذا الفساد قد اتضح أمره وأبطلت الشركة سواء عن طريق الاتفاق بين الشركاء بفسخها ، أو بطريق القضاء وذلك قبل أن تبدأ الشركة نشاطها ، وتدخل فى معاملات مع الغير ، حيث يكون من السهل اهدار هذا العقد وما تولد عنه•

ولكن قد يتراخى ظهور هذا الفساد وبالتالى انحلال الشركة اتفاقا أو القضاء ببطلانها ، مما يؤدى الى دخول الشركة فى الفترة فيما بين تكوينها والقضاء ببطلانها أو فسخها اتفاقا ، فى تعامل مع الغير • فتكون هناك تصرفات أبرمت مع الغير لحساب الشركة دائنة أو مدينة ، فما مصير هذه التصرفات ؟

لاشك أن هذه التصرفات قد تمت لحساب شركة قامت فى فترة من الزمن ولو كان قيامها منطويا على أساس انهيارها ، وان الذى قام بهذه التصرفات هو مديرها والمتصرف بهذه الصفة يعتبر وكيلا عن الشركة وممثلا لها ، اذن فهو مفوض فى هذه التصرفات أو مأذون فيها وقد باشرها باعتبارها داخلة فى دائرة اختصاصه وان له ولاية مباشرتها لحساب الشركة ، فما قام به لم يكن خارجا فى مباشرته عن حدود اختصاصه • ومن ناحية أخرى فهذه التصرفات ترتب حقوقا للغير الذى تعاقد مع المتصرف لحساب الشركة • وهؤلاء يجب الحفاظ على حقوقهم ، وأخيرا فان فيما وراء كل هذه الظروف استقرارا للتعامل تجب رعايته •

لكل ذلك وجب ان تنفذ تصرفات هذا الشريك فى حق الشركة •

---

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٩ .

٣٤٨ — وقد صرح بذلك علماء بعض المذاهب بينما اكتفى البعض الآخر بترتيب النتائج دون ما تصريح .

فيقول عن ذلك ابن قدامه : « اذا تصرف نفذ تصرفه لانه أذن له فيه فاذا بطل العقد بقى الاذن فملك به التصرف كالوكيل ... » [١] .

ويقول الرملى الشافعى « واذا فسد القراض وبقى الاذن لنحو فوات شرط ... نفذ تصرف العامل نظرا لبقاء الاذن » [٢] .

ويرتب السرخسى النتائج فيقول : « فله أجر مثله فيما عمل ... لانه عمل لرب المال » [٣] .

ولعل هذه النتائج التى يرتبها الحنفية على تصرفات صاحب الحصة بالعمل فى الشركة الفاسدة تجد تفسيرها فى نفاذ تصرفات هذا الشريك التى قام بها فى حدود ما أذن له فيه وبرضا الشركة ولحسابها ، وهذا معنى قوله عمل لرب المال ، ولأجل ذلك يستحق هذا المتصرف أجرا عن العمل الذى قام به وترتبت عليه للشركة حقوق والتزامات .

٣٤٩ — هذا الذى يقول به فقهاء المذاهب الاسلامية نلمح فيه الجذور الاولى لنظرية الشركة الفعلية التى أسسها القضاء والفقه حماية للظاهر الذى اطمأن الغير الى سلامته. فالبطلان يترتب عليه — من حيث الاصل — انهيار العقد واعتباره كأن لم يكن ، ذلك تطبيقا للأثر الرجعى للبطلان الذى يأتى على ماضى العقد ، بالاضافة الى مستقبله . وبالتالى يمحو كل آثاره . غير ان تطبيق هذه القواعد على عقد الشركة يؤدى الى نتائج ضارة ، على الأخص بالغير الذى تعامل مع هذه الشركة وهو لا يعلم من حقيقة أمرها شيئا ، فكثيرا ما تكون عوامل الفساد خافية على الغير ، فتطبيق قواعد الاثر الرجعى للبطلان على عقد الشركة يترتب عليه اهدار حقوق هذا الغير . كما أنه يتنافى مع العدالة ويجافى المنطق السليم. فهذه الشركة دخلت الى الحياة العملية وتعاملت مع الغير — ولو كانت تنطوى على أسباب بطلانها — فترتبت للغير حقوق قبلها كما قد تكون لها حقوق قبل الغير .

لذلك لم يجد القضاء أمامه ، حماية لاستقرار التعامل ، من ان يحد من تطبيق الاثر الرجعى للبطلان بالنسبة للشركة . فيعتد بالفترة التى عاشتها الشركة منذ تكوينها الى ان يقضى ببطلانها . فهى قامت من حيث الفعل والواقع [١] .

وقد استند القضاء وبعض الفقهاء فى تبرير النظرية الى فكرة حماية ظاهر الاشياء، والى ان عقد الشركة من العقود المستمرة التى يتم تنفيذها على التعاقب فاذا أبطل تناول البطلان ما لم ينفذ منه فقط دون ما تم تنفيذه. وبذلك يقتصر أثر البطلان على المستقبل وحده .

وينتقد البعض [٢] اعتبار عقد الشركة من

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٦٥ .
(٢) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦٨ وما بعدها .
(٣) المبسوط جـ ٢٢ ص ٢٢ .

---

(١) راجع فى هذه النظرية محسن شفيق — الموجز جـ ١ بند ١٨٤ وما بعده ، مصطفى طه ص ٢٤١ ، البارودى جـ ١ بند ١٣٤ وما بعده، على يونس بند ٣٨ .
(٢) البارودى جـ ١ بند ١٣٠ ، وارى انه اذا كانت فكرة الشركة الفعلية تقوم على أساس من الفصل بين العقد والشخص المعنوى الذى ينشأ عنه ، فهذا لا يمنع استمرار العقد يحكم حياة هذا الشخص الفعلية . حتى انه فى بعض حالات البطلان نص القانون على تطبيق نصوص العقد فى كيفية توزيع الارباح والخسائر ، وما تضمنه خاصا بتصفية الشركة .

العقود المستمرة ، ويرى أن الذى يستمر هو الشخص المعنوى دون العقد الذى يتولد عنه، وان نظرية الشركة الفعلية لا يقصد بهـا غير الاعتداد بوجود الشخص المعنوى .

٣٥٠ ـ ألا نجد فى قول الباجى الفقيه المالكى تعبيرا عن أصل هذه الفكرة فى ايجاز واحكام ، « فاذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئا فسخ . وان عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل » [١] .

فهو تعبير عن الاعتداد بما يمضى من حياة الشركة ، وقصر آثار البطلان على قابل أيامها .

وعلى ذلك فان تصرفات صاحب الحصة بالعمل لحساب الشركة قبل ظهور فسادها ، تنفذ ولو انحلت الشركة بسبب هذا الفساد. وقد اتفق الفقهاء فى ذلك حيث أنه تصرف فى حدود ما أذن به وفيما وكل فيه من تصرفات. وفيما اتفق عليه الفقهاء رعاية لحقوق الغير الذى تعاقد مع الشركة وهو لا يعلم من حقيقة أمرها شيئا .

وهكذا نجد الفقه الاسلامى يغذى المعاملات بكل ما يحافظ على استقرار التعامل وحماية الحقوق ، متخطيا حواجز الزمن .

المطلب الثالث

مقابل الحصة بالعمل فى الشركة الفاسدة

٣٥١ ـ اذا فسد العقد ترتب على هذا الفساد اهداره بما يتضمنه من شروط ـ فيما عدا آثار التصرفات التى أبرمت مع الغير حماية لاستقرار التعامل ـ واهدار العقد يترتب عليه فى الفقه الاسلامى ، دون القانون، اهدار النصوص التى يتضمنها خاصة بتوزيع الأرباح واقتسام الخسائر . ويشير الكاسانى الى القاعدة التى تتبع فى مثل هذه الأحوال بقوله : « وأما الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيئا مما ذكرنا لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة ، والربح فيها على قدر المالين لأنه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط . لأن الشرط لم يصح فألحق بالعدم ، فيبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا . وقال الشافعى له أجرة فيما عمل لصاحبه . وهذا غير سديد لأنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر والله عزوجل أعلم » [١] .

وتتفق المذاهب جميعا مع الحنفية فى تقرير قاعدة توزيع الربح واقتسام الخسارة على قدر حصص رأس المال . ولكنهم يختلفون معهم فى أنهم يقررون لكل شريك حقا فى الرجوع على شريكه بأجر عمله اذا تفاوت عمل كل منهما ، سواء كان بتساوى المال وتفاوت العمل ، أو بتفاوت المال وتساوى العمل . ونكتفى بذكر ما يقوله الحنابلة فى ذلك حيث أن أقوال بقية المذاهب تتضمن نفس المعنى . فيقول صاحب كشاف القناع : « واذا فسد العقد أى عقد الشركة بأنواعها قسم ربح شركة عنان ووجوه على قدر المالين ، والوضيعة فهى بقدر المالين . وما عمله كل واحد منهما أى الشريكين ... فله أجرته لأنه عمل فى نصيب شريكه فيرجع به لأنه عقد يبتغى الفضل فيه » [٢] .

---

(١) المنتقى ج ٥ ص ١٥٩ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٧٧ .

(٣) ج ٢ ص ٢٥٨ . ، ويراجع للمذاهب الاخرى نهاية المحتاج ج ٤ ص ٩ ، المدونة ج ١٢ ص ٥٩ ، مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٤٨ .

٣٥٢ ــ هذه هى القاعدة العامة فى شركات الأموال والوجوه ، وقد اتفقت مذاهب الفقه الاسلامى بصدد شركة المضاربة فقررت أن جميع الربح اذا فسدت هذه الشركة يكون لأصحاب حصص رأس المال ، ويوزع أيضا على قدر نسبة هذه الحصص ، ولا يكون لصاحب الحصة بالعمل نصيب فى هذا الربح ، حيث أن صفة الشريك قد زالت عنه بفساد الشركة ، وزوال هذه الصفة يسقط حقه فى المشاركة فى الأرباح .

لكن هذا الربح الذى تحقق كان نتاج حصص المال والعمل فقد أسهمت حصة العمل فى تحقيقه ، فيجب أن لا يذهب هذا العمل هدرا . ولذلك يقرر الفقهاء أن لحصة العمل مقابلا آخر بديلا عن الربح ، حيث لم يسلم لها ما يقابلها من الربح لفساد الشرط الخاص بهذا المقابل ضمن الشروط التى تضمنها العقد الفاسد .

هذا المقابل عند غالبية المذاهب هو أجر المثل . فاذا وقع ما يمنع الحصول على الربح كان عوض العمل أجرا . ذلك أن صاحب حصة العمل لم يقدمها متبرعا . وقد استفادت الشركة من هذه الحصة ، ولعل هذه الفائدة قد ترجمت الى أرباح حصل عليها الشركاء أصحاب حصص رأس المال . على أن البعض يرى أن حصول صاحب الحصة بالعمل على أجر المثل مشروط بتحقيق الربح،فاذا لميتحقق الربح لم يكن له أى مقابل لعمله بينما البعض الآخر يرى أن له أجر المثل سواء حصل ربح أم لم يحصل .

لكن لما كان هذا الأجر غير محدد من قبل ، ولفساد الاجارة فى هذه الحالات يرجع فى تحديد العوض الى معيار آخر هو ما يتقاضاه أمثال هذا الشريك ــ الذى صار أجيرا ــ فى مقابل عملهم الذى يماثل حصة العمل التى قدمها ، فيعطاه بدلا من المقابل الأصلى الذى فات بفساد عقد الشركة .

اذا كان ذلك عند غالبية المذاهب الا أن المالكية يقسمون الفساد فى شركة المضاربة الى درجتين ، أولاهما يستحق فيها ربح قراض المثل فيقدر النصيب من الربح بالقدر الذى يقدر لأصحاب حصص العمل فى الشركات المماثلة . والثانية يستحق فيها أجر المثل .

٣٥٣ ــ وفيما يلى نعرض لبعض ما يقوله الفقهاء عن ذلك ثم نعرض للتفصيل الذى يقول به المالكية .

فمن الحنفية يقول السرخسى : « والعقد الفاسد لا يكون بنفسه سببا للاستحقاق وانما يستوجب أجر المثل لأنه عمل لرب المال وابتغى عن عمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك استحق أجر المثل كما فى الاجارة الفاسدة»(١)

ويقول ابن قدامة : « ان الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله وانما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئا وكان له أجر مثله » (٢) .

ويقول الرملى من الشافعية : « والربح بكماله للمالك لأنه نماء ملكه والخسران عليه أيضا ، وعليه للعامل أجرة مثل عمله وان لم يحصل ربح لأنه عمل طامعا فى المسمى ولم يسلم فرجع الى الأجرة » (٣) .

وهذا ما يراه الزيدية والامامية . ففى البحر الزخار « فان عمل فيها فله أجر المثل

---

(١) المبسوط ج ٢٢ ص ٢٢ .
(٢) المغنى ج ٥ ص ٦٥ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٩ .

مطلقا اذ يستحق مع فساد العقد بالعمل فقط » (1) .

وفى مسائل الخلاف من كتب الامامية « اذا كان القراض فاسدا استحق العامل أجرة المثل على ما يعمله سواء كان فى المال ربح أو لم يكن » (2) .

أما التفصيل الذى انفرد به المالكية ، فهو نتيجة لنظرتهم الى مدى الفساد الذى يلحق عقد شركة المضاربة من جراء ما يشترطه أطرافه من شروط . فاذا كان الشرط يعود بفائدة خاصة على أحد الأطراف كاشتراط منفعة زائدة له أعتبر ذلك خروجا على طبيعة شركة المضاربة يترتب عليه أن لا يستحق صاحب الحصة بالعمل الا أجر مثله .

واذا كان الشرط الذى تضمنه العقد لايفقده صفته كشركة كالشرط الذى ينص على تأقيت شركة المضاربة بمدة معينة يسقط معه حق الشركاء فى فسخ عقد الشركة خلال هذه المدة، فهذا الشرط وان كان يفسد عندهم الشركة بأسرها الا أنه لا يمحو صفة الشركة من العقد .

ولذلك يجب التحول عن المسمى فى العقد - بسبب هذا الفساد - الى قراض المثل ، أى الى ما يحصل عليه صاحب حصة عمل فى شركة مضاربة مماثلة .

وأعرض فيما يلى لأمثلة من هذه الشروط :

أ - الشروط التى يرد بها الى قراض المثل:
الشرط المؤدى الى جهالة الربح ، كالاتفاق على نصيب فى الربح دون تحديد هذا النصيب، مع عدم وجود عرف يستعان به فى تحديده

الشرط الذى ينقل ضمان المال أو جزءا منه الى صاحب الحصة بالعمل .

الشرط الذى يلزم صاحب الحصة بالعمل بشراء سلعة من شخص معين .

الشرط الذى يلزم صاحب الحصة بالعمل بالشراء بالدين لحساب الشركة .

ب - الشروط التى يرد بها الى أجر المثل :

اشتراط عمل رب المال مع صاحب الحصة بالعمل أو مراجعته ، أو تعيين أمين عليه .

اشتراط أن يكون العمل حرفة وليس تجارة.

اشتراط تقييد التعامل بشخص معين أو بمحل خاص .

اشتراط صاحب الحصة بالعمل أن يقترض من رب المال .

اشتراط مبالغ محددة كنصيب لأحد الشركاء فى الربح .

٣٥٤ - يتضح من أمثله هذه الشروط أن المالكية يرون فى بعضها ما يشتد به فساد العقد حتى يخرج به عن طبيعة عقد الشركة . ويرون فى البعض الآخر ما يترتب عليه أيضا فساد العقد ولكنه لا يصل به الى اخراجه عن طبيعته ، بل يبقيه فى مجال عقود المشاركة ، وينحصر أثر الفساد فى النتائج العادية فيفسخ العقد وتهدر القواعد التى تضمنها بالنسبة لتوزيع الأرباح ، وتطبق قواعد أخرى هى ما يتفق عليه فى شركات المضاربة المماثلة . وهذا قد يترتب عليه أيضا المساس بالمتفق عليه كنصيب فى الأرباح لحصص رأس المال

(1) ج ٤ ص ٨٩ .
(2) ج ١ ص ٢٤٨ .

اذ قد يقل نصيب حصة العمل أو يزيد عن المشترط أصلا فى العقد الفاسد ، فيؤدى الى تعديل نصيب حصص رأس المال من الأرباح.

ويروى عن ابن القاسم فى المدونة بصدد درجتى الفساد الذى يلحق بعقد شركة المضاربة والنتائج المترتبة عليهما : « لأن سلفه زيادة ازدادها أحدهما فى القراض ، ولأن الأجل فى القراض لم يزده فرد الى قراض مثله . والضمان أمر قد ازداده ولكنه أمر انما كان المال لم تكن منفعته خارجة منه فى ربح ولا سلف فحملوا على سنة القراض ، وفسخ ما اشترطا فى ذلك من غير سنته وردوا الى قراض مثلهم ممن لا ضمان عليه كما يرد من شرط الضمان . وهذا وجه ما استحسنت مما سمعت من مالك » [1] .

٣٥٥ — فحصة العمل فى الفقه الاسلامى اذن تصير بالفساد الذى يلحق عقد الشركة مجرد عمل يقابل بأجر ولا يبقى لهذا العمل صفته كحصة فى شركة . ولا يرد الاستثناء على ذلك الا عند المالكية فى بعض حالات الفساد ، فأبقوا — كما رأينا — على هذا العمل صفته كحصة فى الشركة وبالتالى أبقوا لمقدمها صفة الشريك ، وان رأوا التحول الى مضاربة المثل بسبب فساد العقد .

وعلى هذا فعقد شركة المضاربة اذا لحق به ما يفسده كان عقد اجارة ولكنها اجارة غير صحيحة لعدم تحديد عوض العمل وهو الأجر.

فهل ما يراه الفقه الاسلامى بهذا الصدد يعتبر من تطبيقات فكرة تحول العقد ، وهى الفكرة التى تحاول تصحيح الاتفاق الذى التقت عليه ارادة المتعاقدين بقدر الامكان اذا كان هذا الاتفاق قد تضمن أركان عقد آخر غير الذى لحقه الفساد .

قد كان يمكن القول بذلك اذا انعقدت شركة المضاربة فى هذه الحالات اجارة صحيحة ولكنها تنعقد اجارة فاسدة ، ولذلك يرد فيها مقابل العمل الى أجر المثل . وهذا ما يصرح به الكاسانى حين يقول أن « المضاربة الفاسدة فى حكم الاجارة الفاسدة » [2] .

اذن فهذا الحل لا يأخذ بنظرية تحول العقد. فلماذا لا تعتبر هذه الشركة مضاربة فاسدة، ويكون حكمها مستمدا من حكم الشركة الصحيحة ، دون أن تطبق نصوص العقد بسبب الفساد .

ويرجع الى القواعد العامة لتصفية حقوق الشركاء ، وهى كما يرى فقهاء المذاهب الاسلامية الاعتبار بالمثل . وبذلك يظل للعمل طبيعته التى قدم بها وهى الحصة فى الشركة ، ويظل لصاحب العمل صفته كشريك . حيث أن القاعدة أن العقد الفاسد انما يعتبر بالصحيح .

ونعرض فيما يلى للأساس الذى يستند اليه الفقه الاسلامى فى وجهته فى هذا الصدد.

المطلب الرابع

أساس ما يراه الفقه الاسلامى

٣٥٦ — رأت مذاهب الفقه الاسلامى فى مجموعها أن شركة المضاربة قد أجيزت على

(١) جـ ١٢ ص ١٠٩ ، ويراجع فى الشروط أيضا الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٥٦ وما بعدها .

(١) البدائع جـ ٦ ص ١٠٨ .

خلاف القياس ، والقياس هنا هو قياس الاجارات حيث أن اجارة الأشخاص لابد فيها من تحديد للعمل المطلوب وتحديد للعوض عنه • فاذا كانت الاجارة قد اختل فيها شىء من ذلك صارت اجارة بمجهول وهذا غير جائز فيفسد عقدها • ولما رأى هؤلاء الفقهاء أن صاحب الحصة بالعمل يؤدى عملا ويحصل على مقابل له ، فهو فى ذلك أشبه بالأجير • لكن العمل غير محدد وكذلك المقابل ليس فقط غير معين المقدار انما هو قد يتحقق وقد لا يتحقق•

لذلك فهى من الأجارات الفاسدة ، ولكنها مع ذلك أجيزت لحاجة الناس اليها •

اذن فالأصل فى الفقه الاسلامى — فيما عدا رأى فى المذهب الحنبلى ، والمذهب الشافعى حيث يحلون المضاربة فى مركز وسط ، فهى استثناء من قياس الاجارات ، وموافقة لقياس المساقاة — أنها اجارة فاسدة لكنها أجيزت استثناء من عدم جواز عقد الاجارة الفاسدة•

فاذا اعتور عقد المضاربة ما يفسده عاد الى أصله كاجارة فاسدة ولذلك تطبق عليه قواعدها •

ونورد فيما يلى بعض ما جاء فى كتب الفقه بخصوص هذا الموضوع :

ما ينقله الشلبى فى حاشيته على الزيلعى عن شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى أن « القياس أن يكون عقد المضاربة فاسدا لأنه فى الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول أو معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع ، وجهالة العمل والأجر توجب فساد الاجارة الا أنا استحسنا وجوزناها لما ذكرنا من الدلائل » [١] •

ويقول صاحب الفواكه الدوانى من المالكية أن « جواز القراض مستثنى من الاجارة المجهولة المدة والكمية ومن السلف بمنفعة ووجه الاستثناء من الحرمة الرفق بالعباد » [٢] •

أما الشافعية فقد رأوا فى شركة المضاربة الى جوار خروجها على قياس الاجارات أنها وفق قياس المساقاة ، فيقول الرملى عن ذلك: « وهو (عقد المضاربة) قياس المساقاة بجامع العمل فى كل منهما ببعض ماله مع جهالة العوض ولهذا اتحدا فى أكثر الاحكام ••• وهو رخصة لخروجه عن قياس الاجارات كما أنها كذلك لخروجها عن بيع ما لم يخلق » [٣] •

ومع ذلك فهم يردون عقد المضاربة اذا فسد الى الاجارة الفاسدة •

ويعقب الشبراملسى على ذلك موضحا المعنى المقصود من أن عقد المضاربة رخصة : « فان قلت الرخصة هى الحكم المتغير اليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلى ، وجعل القراض رخصة يقتضى أنه كان أولا ممنوعا ثم تغير من المنع الى الجواز وليس هو كذلك• اذ مشروعيته على الجواز من أول الأمر ، قلت ليس المراد بالتغير فى التعريف التغير بالفعل بل أعم من أن يكون كذلك أو يكون تغيره باعتبار قواعد الشرع كما هنا وقد أشار لذلك الشارح بقوله لخروجه عن قياس ••• الخ » [٤] •

٣٥٧ — وبذلك تكون المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والشافعية قد سارت فى اعتبار المضاربة الفاسدة اجارة فاسدة على

---

(١) بهامش الزيلعى جـ ٥ ص ٥٢ •

(٢) جـ ٢ ص ٣٠٤ •

(٣) (٤) نهاية المحتاج والشبراملسى جـ ٤ ص ١٦٠ — ١٦١ ، ونفس المعنى تحفة المحتاج جـ ٢ ص ٤١٦ ، حاشية الشرقاوى جـ ٢ ص ١١٣ •

أساس أن هذا العقد أجيز خارجا عن قياس الاجارات •

واذا كانت المضاربة قد أجيزت استحسانا فهذا لا يقلل من أهميتها ولا يوهن من استقلالها ، فالاستحسان بمعنى الاستثناء ، مصدر من المصادر الفقهية وأمر مقرر فى الشريعة •

ومع ذلك نجد أنهم قد رتبوا بعض أحكام المضاربة الصحيحة للمضاربة الفاسدة من ذلك ما يقوله الزيلعى : « والمال فى المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة بالهلاك كما فى الصحيحة منها لأن الفاسدة من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها » [1] •

وعند أبى يوسف بالرغم مما قيل عنه أنه يرى أن صاحب الحصة بالعمل يدخل فى ضمانة ما تحت يده من أموال الشركة اذا تلفت فى المضاربة الفاسدة ، أنه لا يرى أن يكون لصاحب الحصة بالعمل أجر استحسانا اذا لم يحصل ربح لأن الفاسد من العقد معتبر بالصحيح فى الحكم ولا طريق لمعرفة حكم العقد الفاسد الا هذا ••• [2] •

وكذلك المالكية فيما رتبوه على بعض الشروط الفاسدة من اعتبار المضاربة الفاسدة بالصحيحة — رغم أنهم يرون المضاربة استثناء من حكم الاجارة المجهولة — وأن صاحب الحصة بالعمل يرد الى قراض المثل فيما يستحق من مقابل لعمله • وفى المذهب تتعدد التفسيرات لذلك منها ما يرويه الباجى بقوله : « واختلف أصحابنا فى تفسير ذلك فقال ابن حبيب أصل ذلك أن كل زيادة يشترطها أحدهما فى المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فذلك يرد الى قراض المثل • وكل زيادة ازدادها خارجة من المال أو خالصة لأحدهما فان هذا يرد الى اجارة المثل • وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنة القراض فهو فى ذلك أجير • وحكى القاضى أبو محمد عن ابن القاسم ان معنى ذلك أن طال الفساد من جهة العقد فانه يرد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر فانه يرد الى اجارة المثل ، حكى عن عيسى ما تقدم ••• » [3] •

ومهما تعددت التفسيرات فانه يبين منها أن هناك شروطا تخرج عقد شركة المضاربة عن كيانة وذلك لشدة ما يلحق به من الفساد• ولذلك لا يستحق صاحب الحصة بالعمل سوى أجر المثل ، وما عدا ذلك فيعتبر الفاسد من القراض بالصحيح منه ، فيستمد حكمه من المضاربة الصحيحة ، ويستحق هذا الشريك على عمله ما يستحقه أمثاله فى الشركات الشبيهة •

فى هذه الحالات خروج عن منطق اعتبار شركة المضاربة استثناء من الاجارة المجهولة • وتغليب للقاعدة العامة فى اعتبار العقود الفاسدة بالصحيح منها • فيطبق على المضاربة الفاسدة ما يمكن تطبيقه من قواعد المضاربة الصحيحة، وليس قواعد الاجارة الفاسدة •

٣٥٨ — وعند الحنابلة يسير أصل المذهب متفقا مع المذاهب الثلاثة فيما قررته خاصا بالمضاربة الفاسدة ، فيروى ابن قدامة عن الامام أحمد أنه اذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئا وكان له أجر مثله [4] •

---

(١) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٥٥ .
(٢) راجع مبسوط السرخسى ج ٢٢ ص ٢٣.
(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٥٨ .
(٤) راجع المغنى ج ٥ ص ٦٥ — ٦٦ .

وقد انبثق فى المذهب رأى له وجاهته ومع ذلك لم يكتب له أن يسود فى المذهب ، ذلك هو رأى ابن تيميه الذى يرفض فيه كون المضاربة استثناء من أحكام الاجارة ، ويروى فى رأيه هذا عن الامام أحمد أنه كان يرى قياس المضاربة على المساقاة والمزارعة ، لأنها ثبتت بالنص فتجعل أصلا يقاس عليه • وقد خلص ابن تيميه من ذلك الى أن «•• الصواب أنه يجب فى المضاربة الفاسدة ربح المثل فيعطى العامل ما جرت العادة أن يعطاه مثله، اما نصفه أو ثلثه • فأما أن يعطى شيئا مقدورا مضمونا فى ذمة رب المال كما يعطى فى الاجارة والجعالة فهذا غلط ممن قالة ، وسبب غلطه ظنه أن هذه اجارة فأعطاه فى فاسدها عوض المثل كما يعطيه فى الصحيح المسمى • ومما يبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين أو أكثر فلو أعطى أجرة المثل أعطى أضعاف رأس المال ، وهو فى الصحيحة لا يستحق الا جزءا من الربح ان كان هناك ربح ، فكيف يستحق فى الفاسدة أضعاف ما يستحقه فى الصحيحة » [1] •

وهذا النظر لابن تيمية مبنى على أنه يمنع كون شىء مشروع يجيىء على خلاف القياس• لأنه يرى أن الشىء المدعى اذا خرج عن قياس فقد وافق قياسا آخر •

سبق أن قلت أن رأى ابن تيمية هذا لم يسد فى المذهب الحنبلى حتى ان تليمذه ابن القيم لم يأخذ به ، حيث يروى صاحب كشاف القناع عنه أنه قال فى الهدى النبوى أن المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك •••[2]

ولن يكون صاحب الحصة بالعمل أجيرا الا تطبيقا للفكرة القائلة أن المضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فاسدة ، ويحصل العامل أجر مثله •

على أن الحنابلة أيضا قد اعتبروا المضاربة الفاسدة بالصحيحة فى بعض المسائل مثل الضمان ، فيقول ابن قدامة : «أنه عقد لايضمن ما قبضه فى صحيحه فلم يضمنه فى فاسده كالوكالة ، ولأنها اذا فسدت صارت اجارة والأجير لا يضمن ما تلف بغير تعديه ولا فعله، فكذا ههنا » [3] •

ومع أن ابن قدامه ساق تبريرين لعدم دخول المال المقبوض فى المضاربة الفاسدة فى ضمان صاحب الحصة بالعمل الا أن التبرير الأول وهو أن ما لا يضمن فى صحيحه لا يضمن فى فاسده ، هو التبرير الأساسى ، وهو ما علل به صاحب كشاف القناع ذلك الحكم •

٣٥٩ — وأرى أن الرأى الذى يقول به ابن تيميه ، فيما يتعلق بالنتائج المترتبة على اعتبار المضاربة الصحيحة أساسا يؤخذ منه حكم المضاربة الفاسدة ، يتفق مع طبيعة عقود المشاركات • والمضاربة هى نوع من أنواع عقود المشاركة ، فاذا لحقها الفساد تبقى فى نطاق عقود المشاركة ولا تخرج عنها الى نطاق الأجارات • فالقصد منها أصلا أن تكون شركة •

فينحصر أثر الفساد على اهدار ما تضمن العقد من شروط ، ويتحول عنها الى المثل فى عقود المضاربة المماثلة •

كما أن هذا الرأى يتفق مع المقتضيات العملية ، اذ يمنع حصول صاحب الحصة

(١) راجع القواعد النورانية الفقهية ص١٦٧، وأعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٣٧ — ٣٣٨ •

(٢) جـ ٢ ص ٢٦٠ •

(٣) المغنى جـ ٥ ص ٦٧ •

بالعمل على أكثر مما سمى له ، ورضى به فى المضاربة الصحيحة .

على أن هذه المقتضيات كانت موضع تقدير عند أبى يوسف صاحب أبى حنيفة ، فلم يمنعه اعتبار شركة المضاربة الفاسدة اجارة فاسدة، من أن يقرر القواعد الملائمة لهذه المقتضيات، وقد اعتد فيها بالقاعدة أن الفاسد من العقود يعتبر بالصحيح . فقد أخذ بتطبيق هذه القاعدة كلما أمكن ذلك دون الخروج على أصل المذهب . لذلك قرر أن لا يكون لهذا الشريك فى المضاربة الفاسدة التى لا ينتج عما باشرته من أعمال فى الفترة التى عاشتها أية أرباح ، حق فى أجر المثل ، كما رأى أنه فى الحالات التى يتحقق فيها أرباح ويحصل فيها على أجر المثل أن لا يجاوز هذا الأجر ما سمى له فى المضاربة الصحيحة [1] . وذلك حتى لا يكون وضع صاحب الحصة بالعمل فى المضاربة الفاسدة أفضل من وضعه فى الصحيحة .

٣٦٠ — ولقد توسط المالكية اذ قسموا الفساد الذى يلحق بشركة المضاربة الى قسمين ، فما كان منه مؤثرا على بناء عقد شركة المضاربة بحيث يخرج العقد عن أن يكون شركة يصير فيه الى أجر المثل . وأما القسم الآخر من الفساد وهو غير المؤثر فى كيان الشركة وطبيعتها فيمكن ردها فيه الى الصحيحة ويطبق عليها قواعد المضاربة المماثلة .

ومع أن الحنفية يرون أن يرد صاحب الحصة بالعمل فى شركة المضاربة الفاسدة الى أجر المثل ، فقد رأينا أنهم يطبقون بعض قواعد المضاربة الصحيحة ، وان أبا يوسف له آراء بصدد استحقاق صاحب هذه الحصة مايقابل عمله ، ومدى هذا الاستحقاق ، وانه يعتد فيما يراه بقواعد المضاربة الصحيحة .

هذا بالاضافة الى أنهم لا يتوسعون فى الأخذ بالآثار المترتبة على الشروط الفاسدة . فأكثر هذه الشروط عندهم تفسد وحدها وتصح شركة المضاربة . وهذه وسيلة لوقاية عقد هذه الشركة من آثار فساد الشروط . حتى لا يبقى من الشروط الفاسدة مؤثرا على الشركة ذاتها عندهم الا القليل وفى ذلك يقول محمد بن الحسن الشيبانى : « الشركة والمضاربة لا تفسدهما الشروط الفاسدة كما تفسد البيع والاجارة فاذا اشترطا فى الشركة والمضاربة شرطا فاسدا كانت الشركة والمضاربة جائزتين ويبطل الشرط الفاسد .. » [2] .

ونجد تحديد نطاق الشروط المفسدة لشركة المضاربة فى شرح العناية : « وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده ، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب » [3] .

وفى الحالات التى تفسد فيها المضاربة تعتبر كأن لم تنعقد منذ البداية شركة ولعل ذلك ما يعبر عنه السرخسى بقوله : « والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة » [4] .

اذن فهى أصلا ليست مضاربة وان اسماها أطرافها بهذا الاسم .

وبذلك يمكن القول أن شركة المضاربة فى المذهب الحنفى اما شركة صحيحة واما أن تكون عقدا آخر منذ البداية ، حيث يخرجها بعض الشروط الفاسدة عن معنى المضاربة .

وبهذا نجد التقارب بين كل من المذهب

---

(١) راجع المبسوط جـ ٢٢ ص ٢٢ — ٢٣ .

(٢) الأمالى ص ٤٨ .

(٣) شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير جـ ٧ ص ٧٢ .

(٤) المبسوط جـ ٢٢ ص ٢٢ .

المالكى والمذهب الحنفى فى هذا الصدد ، فيما سبق أن رأيناه عند المالكية من تقسيم الفساد الذى يلحق بعقد المضاربة الى درجتين، أحداهما تؤثر على كيان عقد الشركة وطبيعته فتخرجه عن شركة القراض ويترتب على ذلك استحقاق صاحب الحصة بالعمل أجر المثل . فكأن العقد فى هذه الحالة لا ينعقد أصلا شركة مضاربة .

٣٦١ — وبذلك ننتهى الى أن انعقاد شركة المضاربة اجارة بسبب الفساد الحادث عن الشروط الفاسدة — حسب الأصل فى مذاهب الفقه الاسلامى — ليس عملا بفكرة تحول العقد لأن المضاربة هنا لم تنعقد شركة منذ البداية بل انعقدت اجارة [1] .

وتأسيسا على ذلك لا يعتبر العمل المقدم من أحد الشركاء حصة فى شركة بل هو مجرد عمل عادى يقدم فى مقابل أجر ، ولما كانت الاجارة فاسدة بسبب عدم تحديد العمل والعرض كان المقابل هو أجر المثل .

وباعتبار أن الاجارة فاسدة أيضا فهى تحول دون تطبيق فكرة تحول العقد ، اذ تشترط هذه الفكرة أن يتضمن العقد الباطل أركان عقد صحيح .

الا أن الأمر — مع ذلك — يختلف بصدد اشتراط اختصاص صاحب الحصة بالعمل ، أو صاحب حصة رأس المال بكل الربح ، اذ أن الأثر فى المذهب الحنفى يختلف كثيرا عما يترتب عن بقية الشروط الفاسدة ، وهذا ما نبحثه فيما يلى .

(١) يؤيد ذلك قول صاحب العناية هامش فتح القدير جـ ٧ ص ٦١ فى الجواب عن قول أبى يوسف اعتبارا بالمضاربة الصحيحة ، ان المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة .

المطلب الخامس

الأثر المترتب على اشتراط اختصاص أحد الشركاء بالربح

٣٦٢ — قد يتفق الشركاء على أن يختص صاحب الحصة بالعمل بجميع الربح ، أو أن يكون الربح كله خالصا لأصحاب حصص رأس المال . وهذا الشرط يعتبره القانون الوضعى من الشروط التى يترتب عليها بطلان عقد الشركة بطلانا مطلقا . واذا بطلت الشركة على هذا الوجه فلا تتبع نصوص هذا العقد الباطل فى تصفية حقوق الشركاء والتزاماتهم . بل يتخذ معيارا فى ذلك نسبة حصة كل شريك ، وبالنسبة للشريك الذى قدم عمله يتخذ معيار الفائدة لتحديد حقوقه فيما تحقق من أرباح .

ويتفق موقف القانون الوضعى مع بعض المذاهب الاسلامية فى صدد هذا الشرط حيث يرتب الشافعية والحنابلة فساد العقد اذا تضمن شرطا يختص بمقتضاه أحد الشركاء بالربح .

فيقول الرملى من الشافعية : « فلو قال قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد لمخالفته مقتضى العقد وله أجرة مثله لأنه عمل طامعا ، وسواء فى ذلك أكان عالما بالفساد أم لا ، لأنه حينئذ طامع فيما أوجبه له الشرع من الأجرة خلافا لبعض المتأخرين . وقيل قراض صحيح نظرا للمعنى . وان قال المالك كله لى فقراض فاسد لما مر ولا أجرة له وان ظن وجوبها ، وقيل هو ابضاع أى توكيل بلا جعل » [2] .

ويقول ابن قدامة : « وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لى فهو فاسد ،

(٢) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦٥ .

وبه قال الشافعى ... ولنا أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد، كما لوشرط الربح كله فىشركة العنان لأحدهما. ويفارق اذا لم يكن مضاربة » [1] .

وبذلك يقول الزيدية والامامية [2] .

٣٦٣ — أما المالكية فيعتبرون هذا الشرط جائزا ، وعلى ذلك يخلص الربح لمن شرط له وفى ذلك يقول صاحب الشرح الكبير : « وجاز الربح أى جعله كله لأحدهما رب المال أو العامل .. وحينئذ خرج عن كونه قراضا حقيقة . وضمنه أى ضمن العامل مال القراض فى اشتراط الربح له ... لأنه حينئذ كالقرض انتقل من الامانة الى الذمة بشرطين ، أن لم ينفه العامل عن نفسه بأن شرط عليه الضمان سكت ... ولم يسم قراضا فان سماه بأن قال اعمل فيه قراضا والربح لك فلا ضمان عليه ، وشرط عليه الضمان . لكنه مع اشتراط الضامان يكون قراضا فاسدا » [3] . ولعل فيما قاله صاحب الشرح الكبير ما يوضح جواز اشتراط حصول أحد العاقدين على كل الربح دون أن يكون هذا الشرط فاسدا . وبالتالى يصح عقد القراض .

ولكنه يقرر أن العقد الذى يتضمن هذا الشرط لا يكون قراضا حقيقية ، ومع ذلك فلا ضمان على صاحب الحصة بالعمل فى هذا العقد مع اشتراط الربح كله له . طالما أن العقد قد انعقد بصيغة القراض . فان شرط عليه الضمان صار القراض فاسدا . وهذا يوحى بأن القراض صحيح ولا يفسد الا باشتراط الضمان على صاحب الحصة بالعمل.

وقد يكون فى هذا تناقض حيث لا يكون هذا العقد — كما يقول — شركة قراض حقيقة ومع ذلك تطبق أحكامه . وقد صرح الدسوقى تعقيبا على ذلك بأن العقد فى هذه الحال خرج عن كونه قراضا الى أن يكون هبة ، وأن تسميته قراضا من قبيل المجاز . ولذلك فهو يرى أن تطبق على هذا العقد أحكام الهبة [4] .

ولعل ما عبر به ابن المواز يكون أكثر وضوحا واتساقا حيث لم ير أن العقد الذى لم يتضمن اشتراط الربح لأحد أطرافه قد خرج عن كونه قراضا حقيقة ، وقد نقل عنه المواق فيما يلى : « ان قال رب المال للعامل حين دفع له المال خذه قراضا والربح لك جاز ، وكان الربح للعامل ولا يضمن المال أو خسره أن تلف ، والقول فيه قول العامل . وان لم يكن قراضا وانما قال خذه واعمل به والربح لك جاز أيضا وهو ضامن للخسر .. » [5]

وهذا الرأى يتفق مع ما يروى عن الامام مالك من أنه قال أن « من أعطى رجلا مالايعمل له على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لابأس به » [6] .

وهكذا يتضح أن القراض اذا تضمن الشرط الذى يحصل بمقتضاه أحد عاقديه على جميع الربح ينعقد صحيحا ، وهو ما يرويه الباجى بقوله : « يجوز شرط كل الربح لأحدهما فى مشهور مذهب مالك » [7] .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٣١ .
(٢) راجع البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٢ ، ومسائل الخلاف جـ ١ ص ٢٤٨ .
(٣) بهامش الدسوقى جـ ٣ ص ٤٥٩ .
(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٥٩ .
(٥) التاج والاكليل بهامش المواهب جـ ٥ ص ٣٦٧ .
(٦) حاشية الخرشى جـ ٦ ص ٢٣٤ . الجليل جـ ٥ ص ٣٦٣ .
(٧) نقله عنه صاحب التاج بهامش مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٦٣ .

٣٦٤ ــ أما المذهب الحنفى فيذهب ــ خلافا للمذاهب الثلاثة ــ الى تصحيح العقد الذى يتضمن شرط اختصاص صاحب الحصة بالعمل أو أصحاب حصص رأس المـال بالربح كله، عملا بالمعنى • فاذا كانت مقارنة هذا الشرط للعقد تحول دون تصحيحه شركة مضاربة ، فيصحح عقدا آخر • وبذلك يصل الحنفية الى النتيجة المنطقية بأسلوب تغلب عليه الصياغة القـانونية الدقيقة ، على خلاف البعض من المـالكية الذين رأوا أن هذا العقد قد سمى قراضا تسميه مجاز وأنه يعتبر عقد هبة • وان كان هذا القول يشير الى أن العقد صورى وأنه يخفى فيما وراءه عقدا حقيقيا هو عقد الهبة • الا أن الطريق الذى سـلكه الحنفيـة وهو الاعتداد بالمعانى دون الالفاظ ، هو الاسلوب الذى يبرز فيه المنطق القانونى ، والذى يتفق مع القواعد العـامة فى العقود ، كمـا يتسم بالبساطة والوصول المباشر الى النتيجة •

وفى ذلك يقول الكاسانى : « ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هى مضـاربة فاسدة وله أجرة مثل ما اذا عمل ••• ولنـا أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا ، لأنه أتى بمعنى القرض والعبرة فى العقود بمعانيها• وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المـال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع»[١] •

وعلى هذا يصحح عقـد المضاربة المقترن باشتراط كل الربح لصاحب الحصة بالعمل عقد قرض ، فلا تكون يده يد أمانة بل يد ضمان ، فيدخل المـال فى ضمانة ولو تلف دون تعـد منه أو تفريط ، وفقا لأحكام عقد القرض •

ويصحح ابضـاعا اذا اشترط كل الربح لصاحب حصة المـال ــ والابضاع هو تسليم أموال الشخص الى آخر للتجـارة فيهـا على سبيل الاعانة ، بلا مقابل من أجر أو ربح فهو من عقود التبرع •

ولذلك اذا تضمن عقد المضاربة هذا الشرط كان العامل متبرعا بعمله وصار العقد عقـد تبرع بالمتاجرة فى مال صاحبه ، وتكون يده يد أمانة فلا يدخل المـال فى ضمانه الا بتعد أو تفريط •

٣٦٥ ــ وعلى ذلك يكون تصحيح العقـد اعتبـارا للمعنى الذى تضمنه ، تطبيقـا من تطبيقـات نظرية تحول أو انقلاب العقـد ، والتى تتلخص فى أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عنـاصر تصرف آخـر فيتحول التصرف الذى قصـد اليه المتعـاقدان وهو التصرف الباطل ، الى التصرف الذى توافرت عنـاصره وهو التصرف الصحيح الـذى كان يمكن أن تتصرف اليه ارادة المتعاقدين لو علما أن التصرف الأصلى باطل •

هـذه هى نظرية تحول العقـد التى دخلت نطاق القانون الوضعى فى القرن التاسع عشر على أيدى الفقهاء الألمـان ، وأخذ بها التقنين المدنى المصرى الجديد حيث لم يكن فى التقنين القديم نص يقررهـا [٢] • هـذه النظـرية الحديثة جدا فى القانون عرفها الفقه الاسلامى وقررها منذ عصوره الأولى ويقول عنها الاستاذ مصطفى الزرقا : « وممـا يتصـل بالآثـار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب العقد أحيانا الى عقد آخر صحيح فى بعض الانظار الفقهية • فان العقد الذى يعتبر باطلا فى موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العـاقدين فينصرف

(١) البدائع ج ٦ ص ٨٦ •

(٢) يراجع فى ذلك الوسيط للسنهورى ج ١ ص ٤٩٨ وما بعدها •

اليه وان اعتبر باطلا فى موضوعه المتعاقد عليه .

ذهب فريق من الفقهاء الى هذا الانقلاب تنزيلا على القاعدة العامة القائلة العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى » [1] .

وما ذكره الكاسانى معبرا به عن رأى المذهب الحنفى ، ليس الا أخذا بهذا النظر الفقهى الذى يتمشى مع احتياجات استقرار التعامل بتغليب مقاصد المتعاقدين التى يظهر انهما كانا يقصدانها لو علما بطلان التصرف الأصلى ، وكأنه يحمى ارادة المتعاقدين من الآثار المترتبة على البطلان .

وقد ظهر فى المذهب الشافعى آراء تتكلم عن تحول عقد المضاربة الفاسدة الى عقد قرض أو ابضاع [2] . وكذلك لعل ما قاله الدسوقى من المالكية بخروج عقد المضاربة عن كونه قراضا الى أن يكون هبة ، فى الحالة التى يتفق فيها على حصول صاحب الحصة بالعمل على كل الربح أو حصول أصحاب حصص رأس المال عليه ، لعل هذا القول يعتبر تعبيرا ضمنيا عن النظرية [3] .

وبذلك فالحصة بالعمل التى تقدم فى شركة يتضمن عقدها شرطا باختصاص أحد أطرافه بجميع الربح لا تبقى لها طبيعة الحصة فى الشركة ، لأن الشركة نفسها لا وجود لها وفقا لهذا العقد . وتكون الحصة فى هذه الفروض عملا لحساب صاحبه اذا كان شرط الربح كله له . وعملا مقدما على سبيل الاعانة والتبرع اذا كان الربح قد اتفق على أن يختص به كله رب المال .

المبحث الثالث
موقف القانون الوضعى
من الحصة بالعمل فى الشركة الفاسدة

٣٦٦ — لتنعقد الشركة صحيحة قانونا يجب أن تتوافر الشروط الموضوعية العامة لانعقاد سائر العقود ، بالاضافة الى الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة والشروط الشكلية .

ويترتب على تخلف أحد هذه الشروط بطلان عقد الشركة .

ويختلف بطلان الشركة تبعا لاختلاف السبب المرتب لهذا البطلان . فتارة يكون البطلان وفقا للنظرية التقليدية . الا أن عقد الشركة قد يكون باطلا أيضا دون أن يدخل أى من النوعين فيكون بذلك بطلانا من نوع خاص . والبطلان الذى تميز بنوعه الخاص هو البطلان المؤسس على تخلف الشروط الشكلية .

ونعرض أولا للأسباب التى تبطل بها الشركة ونوع البطلان الذى ترتبه . ثم نبحث الآثار المترتبة على هذا البطلان والقواعد التى تحكمها .

المطلب الأول
ما تبطل به الشركة
ونوع البطلان

٣٦٧ — أولا — تخلف أحد الشروط الموضوعية العامة ، وهى الخاصة بكمال الأهلية وسلامة الرضا وشرعية المحل والسبب، أو بمعنى آخر مشروعية غرض الشركة .

(١) المدخل الفقهى العام جـ ١ بند ٣٥٥ .
(٢) راجع نهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦٥ .
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٤٥٩ .

وتخلف أحد هذه الشروط يترتب عليه بطلان الشركة ، وتختلف درجة هذا البطلان ما بين البطلان النسبى والمطلق • فيكون نسبيا اذا كان مترتبا على نقص أهلية أحد الشركاء ، أو اذا كان نتيجة لعيب يعتور رضا أحدهم • ويكون البطلان مطلقا اذا كان محل الشركة أو سببها غير مشروع •

أ ــ البطلان المترتب على نقص أهلية الشريك:

اذا كان أحد الشركاء عند انعقاد عقد الشركة غير كامل الأهلية ، بأن كان قاصرا أو محجورا عليه ترتب على ذلك بطلان العقد • والبطلان لهذه الأسباب بطلان نسبى : لا يتمسك به سوى ناقص الأهلية أو من يمثله دون غيره من الشركاء أو الغير (م ١٣٨ مدنى) ويكون له اجازة العقد صراحة أو ضمنا اذا بلغ سن الرشد أو رفع الحجر عنه (م ١٣٩ مدنى) فاذا لم يتمسك بالبطلان خلال ثلاث سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية سقط حقه فى ذلك • على أن هذا الحق يسقط على أى حال اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد دون أن يتمسك بالبطلان • (م ١٤٠ مدنى) •

فاذا ما قضى بالبطلان وكان ناقص الأهلية شريكا فى شركة من شركات الأشخاص ، ترتب عليه انهيار العقد بالنسبة للشركاء جميعا • وذلك بسبب الاعتبار الشخصى الذى تقوم عليه هذه الشركات ، فما رضى الشركاء بالدخول فى الشركة الا على أساس من رضاهم بباقى الشركاء •

على أن هذا الحكم يترتب عليه أثران : الأول بالنسبة للشريك ناقص الأهلية • والثانى بالنسبة لبقية الشركاء •

فبالنسبة لناقص الأهلية تعتبر الشركة كأن لم تكن ، وأنه لم يكن فى وقت من الأوقات شريكا • فيسترد حصته التى قدمها كاملة دون أن تتأثر بأى نقص وقع نتيجة ما يكون قد لحق الشركة من خسارة ، وعليه أن يرد كل ما يكون قد حصل عليه من أرباح [1] •

أما بالنسبة لغير ناقص الأهلية من الشركاء فلا يكون البطلان الا بالنسبة للمستقبل دون ما يكون قد مضى من عمر الشركة • ففى الفترة ما بين ابرام العقد والحكم ببطلانه تعتبر الشركة قائمة فعلا • فيسأل الشركاء الباقون عن الديون التى قد تكون نشأت فى هذه الفترة، كما يكون لهم الحق فى الأرباح التى قد تنتج عن نشاط الشركة •

أما اذا كان هذا الشريك مساهما فى شركة من شركات الأموال فتظل الشركة بالنسبة لباقى الشركاء قائمة دون أن تتأثر بما قضى به من بطلان وذلك لتخلف الاعتبار الشخصى لدى المساهمين • فلا يكون البطلان مؤثرا فى العقد الا بالنسبة لناقص الأهلية وحده ، فيسترد قيمة ما أكتتب به من أسهم • وللشركة بعد ذلك أن تعيد عرضها للبيع فيحل شريك محل شريك •

ب ــ البطلان المترتب على عيوب الرضا :

اذا لحق أحد الشركاء فى رضائه عيب ، كما اذا وقع فى غلط أو اكراه أو تدليس عند تكوين الشركة ، كان العقد باطلا ، والبطلان فى هذه الأحوال بطلان نسبى أيضا • فلا يكون لغير من تعيب رضاه أن يتمسك به • وتطبق المواد ١٣٨/١٤٠ مدنى بالنسبة للحق فى التمسك بالبطلان وسقوطه •

---

(١) راجع فى ذلك محسن شفيق ــ الموجز جـ ١ بند ١٧٨ وما بعده ، البارودى جـ ١ بند ١٣١ / أ ، وقارن مع ذلك على يونس بند ٤٠ .

ويترتب على الحكم ببطلان الشركة لهذه الأسباب نفس الآثار المترتبة على بطلانها فى حالة نقص الأهليه .

جـ - البطلان لعدم مشروعية المحل أو السبب (الغرض) : اذا قامت الشركة لتحقيق أغراض تخالف النظام العام أو الآداب ، كانت غير مشروعه . وذلك كما اذا تكونت للاتجار فى المخدرات أو ادارة أماكن للمقامرة ، الى غير ذلك من الأغراض غير المشروعة ، كان عقدها باطلا، والبطلان هنا بطلان مطلق لايقتصر الحق فى التمسك به على أحد دون أحد انما يخول لكل ذى مصلحة ، سواء كان من الشركاء أنفسهم أو من الغير . ويكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا تلحق بهذا البطلان أية اجازة ، ولا تسقط دعوى التمسك به الا بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (م ١٤١ مدنى) .

ويترتب على الحكم بالبطلان اهدار عقد الشركة كلية واعتباره كأن لم يكن .

٣٦٨ - ثانيا - البطلان بسبب تخلف أحد الشروط الموضوعية الخاصة

يتميز عقد الشركة بشروط موضوعية خاصة يجب توافرها الى جانب الشروط الموضوعية العامة . وهذه الشروط تقتضيها فكرة الشركة، بحيث اذا تخلف أحدها كان العقد متنافيا مع ذات الفكرة . وفى هذه الحالات نكون بصدد مشاكل أقرب الى التكييف منها الى البطلان[1] بل قد لا يثور موضوع البطلان أصلا ، ولا يكون ظاهرا الا فى حالة واحدة ، هى حالة تضمن عقد الشركة شرطا من الشروط المعروفة بشروط الأسد ، سواء تعلق هذا الشرط بحرمان شريك من الربح أو باعفائه من الخسائر (م ٥١٥ مدنى) .

والبطلان هنا لا يقف أثره عند حدود الشرط بل يمتد ليلحق بالعقد فيقوضه بأكمله . وهو بطلان مطلق يكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ولا تلحق به الاجازة لمحاولةتصحيحه ويظل الحق فى التمسك به قائما طوال خمسة عشر عاما من وقت ابرام العقد .

٣٦٩ - ثالثا - البطلان بسبب تخلف الشروط الشكلية :

يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا ، والكتابة هنا ليست بغرض الاثبات بل هى شرط لصحة انعقاد الشركة . وكذلك يجب شهر عقد الشركة كفالة لاعلام كل من يهمه الأمر بذلك الشخص المعنوى الذى يدخل الى ميدان المعاملات .

أ - البطلان المترتب على تخلف شرط الكتابة : اذا لم يكتب عقد الشركة كان باطلا (م ٥٠٧ مدنى) والبطلان هنا لا يدخل ضمن أى من النوعين اللذين جاءت بهما النظرية التقليدية فى البطلان ، فهو ليس بطلانا مطلقا كما أنه ليس نسبيا . ولكنه لما تميز به عنهما يعتبر نوعا خاصا .

ويجوز أن يتمسك به الشركاء أنفسهم فى مواجهة بعضهم ، كما يجوز للغير أن يتمسك به فى مواجهة الشركاء . ولكن يمتنع على الشركاء أن يتمسكوا به قبل الغير . فليس مقبولا أن يتمسكوا باهمالهم ليستفيدوا من نتائجه .

أما أثر الحكم بالبطلان فى هذه الحالة فيختلف باختلاف صفة من يتمسك به . فاذا

(١) راجع البارودى جـ ١ بند ١٣٢ ، على يونس بند ٤٥ .

كان من الشركاء فلا يكون للبطلان أثر الا على قادم الأيام • أما مـا مضى من عمر الشركة قبل أن يحكم ببطلانها فيظل صحيحا منتجا لآثاره ، مبرءا من أثر البطلان •

أما اذا تمسك بالبطلان شخص آخر غير الشركاء كالدائن الشخصى لأحدهم ، فان أثر البطلان ينسحب على المـاضى كما يؤثر على المستقبل ، فيمحو بالنسبة لهذا الغير كل أثر لعقد الشركة ، ومع ذلك فان الشركة تعتبر من الناحية الفعلية قائمة بين الشركاء طوال الفترة التى مضت منذ تكوينها حتى القضاء ببطلانهـا •

(ب) البطلان المترتب على تخلف أشهار الشركة اذا ترتب على عدم شهر الشركة ، عدم جواز الاحتجاج بها قبل الغير وفقـا للمادة ٥٠٦ مدنى فان القانون التجارى يرتب على اهمال الشهر بطلان الشركة ، اذا لم يتم فى مدة خمسة عشر يوما من تاريخ توقيع العقد • والبطلان الذى رتبه القانون التجارى بطلان من نوع خاص أيضا ، قريب من البطلان المترتب على تخلف كتابة عقد الشركة ، من حيث التمسك به ومن لهم الحـق فيه ، ومن حيث آثاره التى تختلف تبعا لاختلاف صفة المتمسك بـه •

على ان القانون قد أفسح المجال — بصدد هذا البطلان فقط — لتصحيحه وذلك بازالة سببه (م٥٢ تجارى) • ولمـا كان السبب فى هذا البطلان هو تخلف الشهر ، كان اتخـاذ اجراءاته ولو بعد المـوعد المحدد له — ما لم يكن قد طلب الحكم بالبطـلان — مصححـا للعقد •

٣٧٠ — هذه هى الأسباب التى تبطل بها الشركة فى نطاق القانون ، وباعتبار صـاحب الحصة بالعمل شريكا ، يخضع لها كما يخضع لها سائر الشركاء •

وعلى ذلك اذا كان هو الذى تمسك بالبطلان بسبب نقص الاهلية أو تعيب رضاه ، كان أثر الحكم بالبطلان فيما يتعلق به ، هو اعتبـار الشركة كأن لم تكن ، وان اختلف الأثر المترتب على ذلك بالنسبة اليه عنه بالنسـبة للشركاء أصحاب حصص رأس المال • فهذا الشريك يقدم عملا ، والعمل لا يمكن رده الى من قام به ثانية ، وهذا بعكس الحصص المالية التى يمكن دائما ردها الى الشريك الذى قدمهـا• لذلك فهو يستحق مقابل هذا العمل الذى قدمه للشركة قبل ان يحكم ببطلانها • وكأن هـذا الأثر لا يختلف فى حقيقتـه عن أثر الحـكم بالبطلان بالنسبة لسائر الشركاء فالشركة قامت من حيث الفعل والواقع ، وهو قد قدم جـزءا من حصـته على مدار المدة منـذ تكوينها الى ان قضى ببطلانها ،ولا يمكن ارجاع وضعه الى ما كان عليه قبل قيام الشركة ، لذلك يكون الأثر قاصرا على استرداد حريته فى العمـل خارج نطاق الشركة ، وعلى المقابل لعمله الذى قدمه ، وهذا المقابل لا يحصل عليه الا اذا كانت الشركة قد حققت أرباحا فى هذه المدة•

وهكذا فان آثار أنواع البطلان الاخـرى تترتب فى مواجهته تماما كما تترتب فى مواجهة بقية الشركاء •

المطلب الثـانى

القواعد التى تحكم آثـار البطلان

٣٧١ — رأينا بطلان الشركة يتردد بين ثلاثة أنواع ، فهو اما بطلان مطلق وامـا بطـلان نسبى ، واما بطلان من نوع خاص •

والقواعد التى نتكلم عنها هى القواعد التى تحكم آثار البطلان من حيث تصفية حقوق الشركاء ، ومراكزهم سواء بالنسبة للشركة ، أو فيما بينهم •

ولما كانت أنواع البطلان الثلاثة يمكن ردها فى هذا الخصوص الى قسمين حتى لا يتكرر الكلام ، لذلك نتكلم فى هذا المطلب عن البطلان المطلق ، وينطوى تحت البطلان غير المطلق كل من البطلان النسبى والبطلان الخاص •

٣٧٢ - أولا فى حالات البطلان المطلق :

رأينا هذا البطلان يترتب جزاء على عدم مشروعية غرض الشركة وكذلك على احتواء عقد الشركة على شرط من الشروط المعروفة بشروط الأسد •

ويترتب على هذا البطلان ان يهدر وجود العقد من أساسه ، ويعتبر كأن لم يكن • ولا تنشأ صعوبات اذا كان القضاء بالبطلان قد صدر قبل ان تبدأ الشركة الباطلة نشاطها ، وقبل تقديم الشركاء ما تعهدوا به من حصص •

أما اذا قضى ببطلان الشركة فيما بعد ذلك ، فقد نشب الخلاف فى الرأى حول الآثار المترتبة على هذا البطلان بالنسبة للشركاء • أما بالنسبة للغير الذى تعاقد مع الشركة ، فلا يمكن توفر الحماية له الا اذا كان فى تعامله مع الشركة حسن النية ، غير عالم بحقيقة أمرها وما تهدف اليه من أغراض غير مشروعة •

وبالنسبة للشركاء فقد قيل بعدم جواز مطالبتهم باسترداد ما قدموه من حصص ، لان البطلان قام على أساس من عدم مشروعية الغرض • ولا يجوز ان يرتب العمل الشائن لمرتكبه حقا ، فهذا العمل يعتبر مانعا من اقامة الدعوى • ومع ذلك فان النتيجة التى تترتب وفق هذا الرأى لا يمكن الا ان تكون مجافية للمنطق • اذ يترتب عليها استئثار الشريك الذى تكون فى حوزته هذه الحصص بها ، اذ ان له ان يدفع مطالبة شركائه بالاسترداد بالتمسك ببطلان الشركة • هذا بالاضافة الى ان هذا الشريك لا تكون يداه متطهرتين من آثام الأغراض غير المشروعة ، بل قد يكون هو أكثر تلوثا من بقية الشركاء • ولذلك فالراجح من الرأى ان للشركاء ان يطالبوا باسترداد حصصهم • كما ان الراجح أيضا ان يكون لهؤلاء الشركاء الحق فى اقتسام الأرباح والخسائر ولكن ليس وفقا لنصوص العقد لان هذا العقد قد أهدر برمته • وانما يتم توزيع الارباح والخسائر كما يتم فى الفروض التى يسكت فيها الشركاء عن ذكر كيفيته • فيتم التوزيع وفقا للقواعد القانونية •

وكان القضاء المصرى يسير وفق الرأى الراجح فى الفقه والقضاء فى فرنسا ، ابان القانون المدنى الملغى ، فكان يقضى بأحقية الشركاء فى اقتسام الأرباح وكذلك تحملهم بالخسائر ، حتى لا يثرى أحدهم دون حق ، أو يتحمل الخسارة وحده دون مبرر على أن يتم ذلك وفقا لما يراه القاضى عادلا ، فقد يكون وفقا لنسبة الحصص فى رأس المال وقد يكون حسب ما ورد فى العقد لكن لا على أساس انه اتفاق الشركاء بل على أساس ان ذلك مايراه القاضى محققا للعدل [١] •

ويرى الدكتور السنهورى ان فى عهد التقنين المدنى الجديد يمكن القول ان هذا الرأى ازداد قوة • ثم يؤسس رأيه فى الموضوع

---

(١) يراجع فى ذلك محمد صالح ج ١ ص ١٧٢ ، ١٧٣ ع محسن شفيق - الموجز ج ١ بند ١٨٠ ، البارودى ج ١ بند ١٣١ / ج ، الوسيط للسنهورى ج ٥ ص ٢٥٥ وما بعدها .

على أساس من نظرية الشركة الواقعية حيث يرى ان كل شركة باطلة سواء بسبب عيب فى الشكل أو فى الموضوع يترتب عليها شركة واقعية ، ولذلك فالقاضى يستلهم فى تصفية الشركة الباطلة الشروط المدونة فى عقد تأسيسها لا على أنها اتفاق بين الشركاء ، بل على أنها تملى حلولا عادلة لتصفية الشركة [1].

ولا نوافق الدكتور السنهورى فيما يذهب اليه لأن كل شركة باطلة لا ترتب حتما شركة فعلية . لان قاعدة الأثر الرجعى للبطلان لا ترتب آثرها — وفقا للرأى الراجح — الا فى الحالات التى لا يكون بطلان الشركة فيها بطلانا مطلقا . ولما كان تخلف شركة فعلية عن الشركة الباطلة استثناء على هذه القاعدة، روعى فيه استقرار التعامل ، فيجب ان يبقى الاستثناء مقيدا بالمصلحة التى روعيت فيه .

ذلك بالاضافة الى ان الاعتراف بالوجود الفعلى للشركة اذا كان بطلانها بسبب عدم مشروعية الغرض ، ينطوى على معنى الاعتراف الضمنى بالاغراض غير المشروعة . وكذلك اذا كان البطلان المطلق بسبب عدم توافر الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة كما اذا تضمنت شرطا من شروط الاسد أو انتفت فى العقد نية الاشتراك ، أو اتفق على عدم تقديم الحصص ، فان مثل هذا العقد لا يمكن ان يكون عقد شركة بأى حال ، لان فكرة الشركة ذاتها تكون منتفية . وعلى ذلك فلا تقوم الشركة سواء من الناحية القانونية أو الفعلية [2] .

ويمكن التساؤل بالنسبة للحالة التىيتضمن عقد الشركة فيها شرطا من شروط الأسد ، هل يمكن ان يكون هذا العقد موصلا الى حلول عادلة ؟

لكل ذلك يجب ان يهدر العقد الذى يقضى ببطلانه بطلانا مطلقا ، وألا نجعل له أى أثر ولو كان ذلك بطريقة غير مباشرة . فهو عقد يجب الحاقه بالعدم لما شابه من بطلان .

وعلى ذلك يتبع فى تصفية الشركة وتسوية حقوق الشركاء القواعد القانونية دون ما اتفق عليه الشركاء فى العقد الباطل . هذه القواعد هى التى نص عليها القانون عند عدم وجود النص على كيفية توزيع الأرباح والخسائر فى عقد الشركة . ذلك ان المفروض ان هذا العقد مخالف للنظام العام أو الآداب [3] .

وألاحظ على ما قبل بصدد اقتسام الشركاء فى الشركات الباطلة بطلانا مطلقا بسبب عدم مشروعية الغرض للارباح ،ان هذا القول ينطوى على معنى الاعتراف بالغرض غير المشروع ، ذلك ان هذا النشاط الذى لايرتضيه المجتمع ، ولفظته قواعده الاخلاقية والنظامية لا يجب ان يرتب أية فائدة لمرتكبه . فلا يجوز مجرد الاعتراف ولو ضمنيا بهذا العقد أو ما يرتبه من آثار ، لان ذلك يتعارض مع فكرة اعتباره كأن لم يكن والحاقه بالعدم . وبالتالى يجب ان تسقط جميع الحقوق التى تترتب للشركاء — وفق هذا العقد — نتيجة للنشاط غير المشروع .

---

(١) الوسيط ج ٥ ص ٢٥٦ .

(٢) راجع محسن شفيق — الموجز ج ١ بند ١٨٥ ، البارودى ج ١ بند ١٣٥ .

(٣) راجع محسن شفيق — الموجز ج ١ بند ١٨٠/١٨١ ، البارودى ج ١ بند ١٣١/ج و١٣٢، مصطفى طه ص ٢٤٣ ، فريد شوقى ج١ ص١٢١، على جمال الدين بند ٥٩ .

٣٧٣ — ثانيا — فى حـالات البطلان غير المطلق :

رأينا ان البطلان غير المطلق لا تترتب آثاره الا على على مستقبل الشركة فقط ، دون ما مضى قبل ان يقضى بهذا البطلان • ففى هذه الفترة التى تقع بين تكوين الشركة وبين القضاء ببطلانها ، يظل للعقد أثره فلا تهدر حياة الشخص المعنوى الذى تولد عن هذا العقد •

ولقد أخذ القانون التجارى بفكرة الشركة الفعلية فيما ورد فى نص المادة ٥٤ منه بصدد البطلان الذى يترتب جزاء على الاخلال باجراءات الشهر بالنسبة للشركات التجارية ، اذ نص على أنه « اذا حكم بالبطلان يتبع فى تسوية حقوق الشركاء فى الاعمال التى حصلت قبل طلبه نص المشارطة التى حكم ببطلانها • « وكذلك كان مسلك القانون المدنى بالنسبة للبطلان لتخلف الكتابة بالنسبة لجميع الشركات فان العقد يظل منتجا لآثاره الى أن يطلب الحكم بابطاله (٥٠٧ مدنى) •

وعلى ذلك فان اتفاق الشركاء الذى يتضمنه العقد ، بالنسبة لكيفية توزيع الارباح واقتسام الخسائر يظل يحكم التوزيع فى هذه الحالات من البطلان ، وهو أثر يتفق مع طبيعة هذا البطلان الذى يضيق نطاق أثره حتى ينحصر فى المستقبل فقط • أما كل ما تم قبل طلب الحكم بالبطلان فتسرى عليه نصوص العقد•

الفصل الثالث
وضع الحصة بالعمل
فى فترة تصفية الشركة (المضاربة)

٣٧٤ — رأينا فيما سبق ان الحصة بالعمل ترتب لمقدمها — فى الفقه الاسلامى — الحق فى ادارة الشركة ، فهو المسئول عن سير أمورها والتصرف فى شئونها ، طالما بقيت الشركة • فاذا ما انتهت الشركة لاى سبب من أسباب الانتهاء دخلت فى دور التصفية لأنهاء جميع ما يتعلق بحقوق الشركاء والتزاماتهم ، وكذلك حقوق الغير • وهذا يقتضى حصر ما للشركة وما عليها ، واستيفاء ما لهـا من حقوق قبل الغير والوفاء بما يكون عليها من ديون • ثم يلى ذلك قسمة ما يبقى بعد الوفاء والاستيفاء بين حصص رأس المال بمقدار هذه الحصص، استيفاء لرأس المال • فاذا فاض شىء من بعد، وزع على جميع الشركاء باعتباره ربحا •

وقد رأينا كذلك ان الشركاء أصحاب حصص رأس المال فى هذه الشركة ممنوعون من التدخل فى أعمال الادارة ، ولم يسمح لهم بذلك سوى الامامية ، وأحد رأيين فى المذهب الحنبلى •

فمن الذى يملك الحق فى اتخاذ اجراءات التصفية،أو بمعنى آخر من من الشركاء يكون من الواجب عليهان يباشر هذه الاجراءات•هل هو ذلك الشريك الذى كانت ادارة الشركة مقصورة عليه ، أم يصير الحق لجميع الشركاء؟

لذلك نبحث وضع الحصة بالعمل فى فترة التصفية لنتبين الالتزامات التى تترتب عن هذه الحصة ، ومنها نتبين من الذى يجب عليه القيام باجراءات التصفية •

ويجدر بنا قبل ذلك ان نعرض بايجاز للاسباب التى تنتهى بها شركة المضاربة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى • ثم نسير فى بحث وضع هذه الحصة بادئين بمدى احتمال استمرار الشركة مع ورثة صاحب الحصة بالعمل وبقية الشركاء ، وكذلك استمرار هذه الشركة بين صاحب الحصة بالعمل وورثة الشريك صاحب رأس المال • ثم نبحث وضع هذه الحصة من حيث ما ترتبه من التزامات فى فترة الشركة ، وكذلك ما يكون لها من حقوق• وكل ذلك يبحث بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى •

المبحث الاول
أسباب انتهاء الشركة
المطلب الاول
فى الفقه الاسلامى

٣٧٥ — تنتهى شركة المضاربة ، شأنها فى ذلك شأن سائر الشركات ، بعدة أسباب ، منها ما يعتبر أسبابا طارئة وان كانت متوقعة • ومنها ما يعتبر أسبابا عادية لانتهاء الشركة

وذلك مثل انتهاء مدتها أو انتهاء العمل الذى من أجله تكونت الشركة .

أما الأسباب الطارئة والمتوقعة فى ذات الوقت فهى موت أحد الشركاء أو فقده أهليته، وانحلال العقد بفسخ أحد الشركاء له ، أو بمعنى آخر انسحاب الشريك من الشركة كما يصطلح على ذلك فقه القانون ، وكذلك هلاك المال الذى تمتلكه الشركة . ونعرض لكل من هذه الأسباب فيما يلى .

٣٧٦ — أولا : انتهاء الشركة تبعا لموت أحد الشركاء أو فقده أهليته ، أو الحجر عليه لسفه أو افلاسه عند بعض المذاهب .

تنتهى الشركة بتحقق أحد هذه الاسباب ذلك أنها تتضمن الوكالة ، والوكالة تنتهى بهذه الأسباب وهى الموت أو فقد الأهلية ، لأن فاقد الاهلية لا يستطيع ان يتصرف فى أموره بنفسه،ويتولى عنه وليه كل التصرفات ، فلذلك لا يستطيع فاقد الاهلية ان يوكل عنه شخصا آخر لمباشرة التصرفات فى أمواله . أما عن الحجر فلأن المحجور عليه لا يملك التصرف فى أمواله فكذلك لا يملك التوكيل لان من شروطه ان يكون التوكيل فيما يملك ان يتصرف فيه بنفسه .

وباعتبار صاحب الحصة بالعمل وكيلا فى شركة المضاربة وليس موكلا فلا يؤثر الحجر عليه ، على شركة المضاربة لانه لا يتصرف فى أمواله انما هو يتصرف فى أموال غيره . وعلى ذلك فلا تنقضى شركة المضاربة بالحجر على المضارب وانما تنتهى اذا ما حجر على أحد من أصحاب حصص رأس المال ، هذا ما يراه الحنفية مع ملاحظة ان الحجر للسفه لا يقول به أبو حنيفة خلافا للصاحبين .

وأما الشافعية والحنابلة فيرون فى الحجر على الشريك بالعمل لسفه ، سببا كافيا لانقضاء شركة المضاربة وذلك تأسيسا على أنه قد فقد الصلاحية للتصرف .

وافلاس أحد الشركاء تنتهى به الشركة وذلك عند المالكية والشافعية والحنابلة ، هذا اذا كان من أصحاب رؤوس الأموال . أما افلاس الشريك الذى يقدم عمله فلا تنقضى به شركة المضاربة ، لانه يشترك بمنافعه وليس بماله ، وموضوع الافلاس لا يكون فى غير الاموال ، فلا يمنع من الانتفاع بعمله ، ويكون شأن صاحب الحصة بالعمل فى ذلك شأن الوكيل فلا يؤثر افلاسه على تصرفاته للموكل اذ لا تبطل بافلاسه [1] .

ولم يشترط العلم بالموت ليترتب عليه انقضاء شركة المضاربة سوى المالكية ، حيث جاء فى المدونة « ... قال هو على القراض حتى يعلم بموته [2] .

٣٧٧ — **ثانيا** — انقضاء الشركة بالفسخ .

عقد الشركة من العقود غير اللازمة فى الفقه الاسلامى ، فيجوز لكل شريك ان يفسخه فى أى وقت شأنها فى ذلك شأن الوكالة . كما تنتهى شركة المضاربة بالنهى الكلى لصاحب الحصة بالعمل عن التصرف .

وقد اتفقت جميع المذاهب على ان هذا العقد من العقود الجائزة ، أى غير اللازمة ، وعن ذلك يقول ابن رشد : « أجمع العلماء

---

(١) يراجع فى ذلك الكاسانى ج ٦ ص ٢٠ وما بعدها ، وابن عابدين ج ٤ ص ٥١٠ ، الجوهرة ج ١ ص ٣٤١ — ٣٤٢ . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٨ و ١٦٧ و ١٧٥ . كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٦ و ٢٦٩ .

(٢) ج ١٢ ص ١٣٠ .

على ان اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وان لكل واحد منهما فسخه » [1] . على أن المذاهب وان اتفقت على جواز الفسخ من حيث المبدأ الا أنها قد اختلفت فى نظرتها بشأن الوقت الذى يصح فيه الفسخ ، أو بمعنى آخر ترتيب آثار الفسخ والشروط الواجب توافرها لذلك .

فالحنفية يشترطون علم الطرف الآخر بالفسخ كما يشترطون ان تكون أموال الشركة سائلة ، وليست عروضا . فاذا تخلف شرط منهما فلا يترتب على الفسخ أثره وفى ذلك يقول الكاسانى : « فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهى عن التصرف ، لكن عندوجود شرط الفسخ والنهى وهو علم صاحبه بالفسخ والنهى ، وان يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهى . فان كان متاعا لم يصح وله ان يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض وان كان عينا صح .. » [2] .

وعلى ذلك فلا يكون الفسخ صحيحا الا اذا كان قد اتخذ وبقية الشركاء على علم به ، وكذلك لا يكون صحيحا مرتبا لآثاره الا اذا كانت سلع وموجودات الشركة قد حولت الى نقود .

والمالكية يشترطون لجواز الفسخ ان يكون مال الشركة فى حالة سيولة . ويقول الدردير عن ذلك : « ولكل من المتقارضين فسخه أى تركة والرجوع عنه قبل عمله أى الشراء به لان عقد القراض غير لازم ، كربه له فسخه فقط ان تزود العامل للسفر من مال القراض ولم يظعن فى السير والا فليس له فسخه . وأما لو تزود من مال نفسه فله فسخه وكذا ربه ان دفع للعامل عوضه ... « والا بان عمل فيه فى الحضر أو ظعن ، لنضوضه أى المال . وليس لأحدهما قبل النضوض كلام ، فاللام بمعنى الى . فان تراضيا على الفسخ جاز . » [3] .

وعلى ذلك فبداية العمل تمنع عند المالكية من فسخ عقد شركة المضاربة وقد يكون هذا العمل بالشراء ، أو بالاستعداد للسفر فى شأن من شئون تجارة الشركة . فاذا كان صاحب الحصة بالعمل يستعد للسفر فهو لم يبدأ عمله بعد فيجوز لصاحب حصة رأس المال ان يفسخ العقد اذا كان الاستعداد قد تم من أموال الشركة.أما اذا كان هذا الاستعداد بمال خاص لصاحب الحصة بالعمل جاز له ان يفسخ العقد، أما فسخ صاحب حصة رأس المال للعقد فى هذه الحالة فلا يجوز من حيث الاصل ، الا ان يعوض الشريك بالعمل عما انفقه من أمواله الخاصة فى الاستعداد للسفر .

واذا كانت بداية العمل قد تمت بالشراء بأموال الشركة فلا يجوز الفسخ من أحدهما حتى يعود المال نقدا على حاله قبل الشراء . فاذا صار كذلك جاز الفسخ من كل من الشركاء .

أما الشافعية فلا يشترطون لوقوع الفسخ أية شروط ، فعندهم ينفذ الفسخ مهما كان الحال التى عليها رأس مال الشركة ، أى لو كان مالا سائلا أم بضائع وسلعا . وكذلك ينفذ ولو لم يعلم به بقية الشركاء . بل يجوز عندهم الفسخ من أحد الشركاء ولو كان فى غير حضرة الآخرين . كما أنهم يقررون انهاء الشركة جزئيا اذا تم استرداد جزء من رأس

---

(1) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٧ .
(2) البدائع ج ٦ ص ١١٢ .
(3) الشرح الكبير بهامش الدسوقى ج ٣ ص ٤٦٩ ، وأيضا الباجى ج ٥ ص ١٦٣ .

المال ، وهذا ما يقرب مما يعرف حاليا باستهلاك الاسهم فى شركات المساهمة • وقد جاء فى هذا الخصوص فى نهاية المحتاج ان « لكل من المالك والعامل فسخه متى شاء ولو فى غيبة الآخر ، ويحصل بقول المالك فسختـه أو رفعته أو ابطلته ، أو لا تتصرف بعد هذا ونحو ذلك ••• واسترجاعه المال فان استرجع بعضه ففيما استرجعه ••• » [1] •

والشافعية فى ذلك يسيرون على أصلهم فى الوكالة ، حيث لا يشترطون لفسخها علم الطرف الذى لم يفسخ • ويعللون ذلك بأن التصرف الذى لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم [2] •

ويتفق الحنابلة مع الشافعية فينفذ الفسخ عندهم دون توقف على أى شرط ، ويصرح ابن ادريس عن ذلك بقوله : « وتنفسخ شركة ومضاربة بعزله أى الشريك أو رب المال قبل العلم بعزله كالوكيل • » [3] ويقول ابن قدامه ان « المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ احدهما أيما كان •• ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده ••• وان انفسخت والمال عرض » [4] • وهذا ما يراه الظاهرية والزيدية والامامية [5] •

من ذلك يتضح ان الحنفية وحدهم هم الذين يشترطون العلم بالفسخ حتى ينفذ فى مواجهة الطرف الآخر الذى فسخ عليه العقد•

(١) جـ ٤ ص ١٧٤ ، وتحفة المحتاج جـ ٢ ص ٤٢٥ •
(٢) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٩ — ٤١ •
(٣) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٣٧ •
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٥٨ •
(٥) راجع المحلى جـ ٨ بند ١٣٧٤ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٧ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٢٥ وما بعدها •

وكذلك يشترطون ومعهم المالكية ان يكون المال عينا لا عرضا ، وينفذ غيرهم الفسخ دون أى شرط •

ولا شك ان ما يراه الحنفية فيه مراعاة لجميع أطراف العقد من حيث حقوقهم ، اذ يحميهم من آثار الفسخ المفاجىء الذى قد يترتب عليه توقف نشاط الشركة فى وقت غير مناسب •

فاشتراط العلم من ناحية واشتراط سيولة المال من ناحية أخرى يكفلان حماية حقوق الشركاء وكذلك سلامة واستقرار نشاط الشركة [6] •

٣٧٨ — ثالثا — انقضاء الشركة بهلاك أموالها :

والمقصود بالمال هنا ليس فقط رأس مال الشركة بل موجوداتها ، وتنتهى حينئذ لهلاك محلها الذى انعقدت عليه •

ويرى الحنفية ان شركة المضاربة تنتهى بهلاك المال فى يد صاحب الحصة بالعمل قبل التصرف به ، لان المال تعين فيها بالقبض • فالاصل ان النقود لا تتعين ، الا ان القبض يعتبر وسيلة يتعين بها المال النقدى الذى ينعقد عليه العقد كمحل للشركة بالذات ، وهلاكه بعد هذا التعيين يؤدى الى انتهاء الشركة نظرا لتحديد محلها الذى استقر فى هذا المال المعين • وكذلك لو أتلف المال أو استهلك دون عوض يحل محله ، أما اذا هلك رأس المال بعد الشراء وقبل ان يدفع الى البائع فلا تنتهى الشركة به ، انما يرجع على أصحاب حصص رأس المال فيؤخذ منهم بدل للمال الهالك • ويصير رأس المال مجموع ما قدمه أصحاب الحصص المالية،

(٦) راجع ما سبق بند ٣٢٥ — ٣٢٦ •

وهنا نجد وسيلة من وسائل زيادة مقدار رأس المال • ولكن اذا هلكت سلع المضاربة فلا شك أنها تنتهى اذا لم يكن هناك تعويض لهذا الهلاك ، وذلك لزوال المحل [1] •

وعند المالكية اذا هلك بعض المال قبل العمل فلا يهلك من رأس المال ولا تنقضى الشركة جزئيا بنسبة الهالك • بل يجبر ما هلك من رأس المال بالربح الذى قد يتحقق بعد ذلك، ومع هذا تنتهى شركة المضاربة عندهم اذا هلكت جميع أموالها • وفى ذلك ما يرويه ابن القاسم عن مالك وسجلته المدونة فيما يلى : « قلت أرأيت ان دفعت الى رجل الف درهم قراضا فلم يعمل بالمال حتى ضاع منه خمسمائة درهم ثم عمل فربح أكثر من رأس المال • قال: قال مالك يجبر رأس المال من الربح وان لم يعمل بالمال حتى ضاع منه » [2] •

ونوضح ذلك بما يقوله الدردير من ان « الجبر انما يكون اذا بقى شىء من المال فان تلف جميعه فأتاه ربه ببدله فربح الثانى ، فلا يجبر الأول • وهو ظاهر لانه قراض ثان » [3] • وهذا القول صريح فى تقرير انتهاء شركة المضاربة بهلاك جميع أموالها •

أما الشافعية فيرون ان هلاك بعض المال قبل التصرف فيه يعتبر انقضاء جزئيا للشركة بالقدر الهالك وذلك فى الاصح من رأيين • وعن ذلك يقول الرملى : « وان تلف بعض المال قبل تصرفه فيه فيحسب من رأس المال فى الأصح ، لان العقد لم يتأكد بالعمل • والثانى من الربح لانه بقبض العامل صار مال قراض » [4] •

أما اذا هلك جميع المال بعد العمل دون عوض يحل محله فتنتهى الشركة وفى المذهب تفصيل بخصوص الهلاك الواقع بفعل صاحب الحصة بالعمل أو صاحب حصة رأس المال يرويه الرملى أيضا فيقول : « وخرج ببعضه نحو تلف كله مالم يتلفه أجنبى ويؤخذ بدله ، أو العامل ويقبض المالك منه بدله ويرده اليه ••• وقال الامام يرتفع مطلقا وعليه يفارق الاجنبى بأن للعامل الفسخ،فجعل اتلافه فسخا كالمالك بخلاف الاجنبى • وفيما اذا أتلفه المالك ينفسخ مطلقا ويستقر عليه نصيب العامل » [5] •

وهذا النص يورد رأيا فى المذهب الشافعى بمقتضاه تنحل شركة المضاربة اذا أتلف صاحب حصة العمل أموال الشركة • ولعل هذا الرأى يتناسب مع دخول المال فى ضمان هذا الشريك نتيجة لتعديه على أموال الشركة ، حيث ان الضمان يتعارض مع طبيعة قبض مال الشركة• وما دام الأمر كذلك فتنحل الشركة ، هذا بالاضافة الى ان الشريك يلتزم بالمحافظة على مصالح الشركة ، فاتلافه أموالها اخلال بهذا الالتزام ، كما يتنافى مع الولاء المفترض فى الشركاء مما يستتبع عدم الابقاء على مشاركة مثل هذا الشخص ، وعلى هذا يجب ان تنفض الشركة •

ومن ناحية أخرى اذا كان المعتدى من الشركاء أصحاب الحصص المالية ، كان الحكم واحدا فتنقضى الشركة ، وتحمل هؤلاء الشركاء بما لصاحب حصة العمل من حقوق •

---

(١) راجع البدائع للكاسانى ج ٦ ص ١١٣ .
(٢) المدونة ج ١٢ ص ٩٩ .
(٣) الشرح الكبير بهامش الدسوقى ج ٣ ص ٤٦٤ .
(٤) (٥) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٤ .

وعند الحنابلة « اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذى تعلق به العقد ... فان اشترى للمضاربة شيئا فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف ... » [1] أما اذا هلكت السلع بعد نقد ثمنها ودون عوض يحل محلها (« ... انفسخت المضاربة لزوال مالها كله، فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفا كان الألف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الأولى ، لأنها انفسخت لذهاب مالها » [2] .

وبذلك يتضح ان الهلاك الكلى لرأس مال الشركة قبل التصرف تنقضى به شركة المضاربة، وكذلك الهلاك الكلى للسلع لأنه هلاك للمحل. أما الهلاك الجزئى قبل التصرف فتنقضى الشركة فيه فقط ، وذلك بعكس هلاك المال بعد الشراء وقبل دفعه للبائع اذ تظل المضاربة باقية ولا تنتهى به .

وبهذا يتبين اتفاق الحنفية والحنابلة والشافعية فى الأصح من رأيين على ان الهلاك الجزئى لرأس المال قبل العمل يعتبر انقضاء جزئيا للشركة فى هذا القدر الهالك . أما المالكية فلم يرتبوا على الهلاك الجزئى لرأس المال قبل العمل انقضاء الشركة فيه . وانما جعلوا القدر الهالك مما يجبر من الربح الذى قد يتحقق فيما بعد .

٣٧٩ ـ رابعا : انقضاء الشركة بانتهاء العمل أو انتهاء المدة :

من المسلم به انه اذا قامت الشركة بأنواعها لغرض تنفيذ عمل معين أو لعقد صفقة أو صفقات معينة ، تنتهى الشركة بانتهاء انجاز هذا العمل الذى قامت من أجله ، لاستنفاد أغراضها مالم يتفق الشركاء على ابقاء الشركة بعد ذلك ، أو استمرارهم فى القيام بنشاط مماثل لذلك العمل الأصلى .

أما عن انتهاء المدة ، فذلك عند من يرى من الفقهاء جواز توقيت الشركة بأنواعها بمدة معينة . فاذا انتهت المدة المتفق عليها انتهت الشركة .

وقد اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية فى جواز تأقيت الشركة بمدة معينة ، فمنهم من رأى ذلك جائزا ، ومنهم من يرى عدم جوازه . وقد يختلف الحكم بالنسبة لشركة المضاربة عنه بالنسبة لسائر أنواع الشركات . ففى خصوص أنواع الشركات فيما عدا شركة المضاربة ، أجاز كل من الحنابلة والزيدية والامامية تأقيت الشركة ، أما المذهب الحنفى فقد ظهر فيه رأيان ، أحدهما على الجواز والآخر على المنع .

فعند الحنابلة يجوز الاتفاق على تأقيت الشركة بمدة معينة حيث يقول ابن قدامه : « ... اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شىء فهو بينى وبينك نصفان . أو أطلق الوقت فقال نعم ... جاز وكانت شركة صحيحة» [3] .

ويقول صاحب البحر الزخار : « ويدخلها التعليق والتوقيت اذ هى اذن وتوكيل وهذه الأمور ... تدخلها » [4] .

وعند الحنفية نجد رأيين فى هذا الصدد يقول عنهما ابن عابدين : « اذا وقتها فهل

---

(١) (٢) راجع المغنى ج ٥ ص ٦١ وكشاف القناع ج ٢ ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٣) المغنى ج ٥ ص ١٢ .
(٤) ج ٤ ص ٩٢ . وراجع للامامية مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٠١ .

تتوقف حتى لا تبقى بعد مضيه ، ففيه روايتان كما فى توقيت الوكالة وتمامه فى البحر عن المحيط ولم يذكر ترجيحا . وجزم فى الخانية بأنها تتوقف حيث قال والتوقيت ليس بشرط لصحة هذه الشركة والمضاربة ، وان وقتا بان قال ما اشتريت اليوم فهو بيننا صح التوقيت ... لانها .. توكيل والوكالة مما يتوقت » (1) .

وما نقله صاحب البحر الرائق عن المحيط « رواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انها تتوقت ... وقال الطحاوى هذه الرواية مما لا تكاد تصح على ما روى عنهم فى الوكالة .... فاذا لم تتوقت الوكالة لا تتوقت الشركة ضرورة ، وقال غيره من مشايخنا بأن هذه الرواية صحيحة فى الشركة فصارت الشركة والوكالة على الروايتين » (2) .

أما أهل الظاهر (3) فلا يجوز عندهم تحديد مدة الشركة ، ولعل هذا هو موقف المالكية (4) . أما فى خصوص شركة المضاربة فينعقد رأى الغالبية من الفقهاء على أجازة تحديد مدة لها ، تنتهى بانتهائها . فالحنفية والحنابلة والشافعية والزيدية والأمامية يجيزون تأقيت شركة المضاربة ، والمالكية وان قالوا بعدم اجازة التأقيت ، الا أننا سنرى ان التعمق فى سبب هذا القول يظهر أنهم لا يمنعون التأقيت على اطلاقه . أما الظاهرية فيمنعون تأقيت شركة المضاربة . فيقول ابن قدامه : « ويصح تأقيت المضاربة مثلا ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر ... » (5) ثم يفسر الاساس الذى بنى عليه هذا الحكم ، بأن القراض .. تصرف يتوقت بنوع من المتاع ، فجاز توقيته فى الزمان كالوكالة ... ولان لرب المال منعه من البيع والشراء فى كل وقت اذا رضى ان يأخذ بماله عرضا ، فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئا ، وقد سلموا صحة ذلك » (6) .

ويقول صاحب البدائع : « ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا » (7) . أما المالكية فيرون ان اشتراط المدة يتنافى مع عدم لزوم عقد المضاربة ، «قال مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا ان يشترط ان يعمل فيه سنين لا ينزع منه . قال ولا يصلح لصاحب المال ان يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لأن القراض لا يكون لأجل » . ويعقب الباجى على ذلك بقوله: « وهذا على ما قال انه لا يجوز ان يوقت القراض بمدة معلومة لا يجوز فسخه قبلها وان عاد المال عينا » (8) .

ويقول ابن حزم الظاهرى مقررا مذهب الظاهرية أنه « لا يجوز القراض الى أجل مسمى أصلا الا ماجاء به نص أو اجماع»(9) .

وهكذا نجد ان غالبية فقهاء المسلمين

---

(1) ٣ ص ٣٥١ .
(2) ج ٢ .
(3) راجع المحلى ج ٨ ص ١٢٧ .
(4) راجع المنتقى ج ٥ ص ١٦٢ . أمابالنسبة للشافعية فأرى انه يجوز توقيت الشركة عندهم استنادا الى اجازتهم توقيت الوكالة ، والشركة عندهم « ليست عقدا مستقلا بل هى فى الحقيقة وكالة وتوكيل . « راجع نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢ و ص ٢٢ .

(5) المغنى ج ٥ ص ٦٣ .
(6) ج ٦ ص ٩٩ ، وراجع للشافعية نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ، وللزيدية البحر الزخار ج ٤ ص ٨٣ ، وللامامية مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٢٦ .
(7) (8) المنتقى ج ٥ ص ١٦٢ .
(9) المحلى ج ٨ ص ٢٤٧ .

يجيزون الاتفاق على عقد شركة المضاربة الى مدة معينة ، على ان اشتراط المدة لا يتعارض مع مقتضيات عقد الشركة كعقد غير لازم اذ يظل لكل شريك رغم اشتراط المدة ان ينسحب من الشركة متى شاء عن طريق فسخ العقد من جانبه عملا بالأصل .

واذا كان ما قيل عند المالكية من منع عقد شركة المضاربة لمدة معينة ، الا ان سبب المنع هو اشتراط المدة مع اسقاط الحق مقدما فى الانسحاب من الشركة ، مما يتنافى وطبيعة هذا العقد . فاذا كانت المدة قد اشترطت مع ابقاء حق الشركاء فى الانسحاب من الشركة ، أمكن القول ان المالكية يجيزون تأقيت عقد شركة المضاربة .

ولا يقال ما الفائدة اذن من تحديد مدة للشركة فى عقد تكوينها اذا كان لكل شريك مع هذا التحديد الحق فى الانسحاب من الشركة ، ذلك ان تحديد المدة قد يكون لتقدير عمل أو أعمال معينة ستقوم الشركة بتنفيذها . كما قد يكون فى تحديد المدة حافز على سرعة انجاز العمل . أو يكون هذا التحديد مفيدا لعمل حساب أو مراجعة ثم تستأنف الشركة نشاطها ، الى غير ذلك من الظروف التى يكون تحديد أجل للشركة فيها مفيدا .

٣٨٠ — **خامسا** — الانهاء الاتفاقى للشركة: للشركاء ان يتفقوا على انهاء الشركة فى أى وقت تلتقى ارادتهم فيه على ذلك . وهذا الحق يعتبر تأسيسا على حق كل شريك فى فسخ الشركة بارادته المنفردة ، باعتبار ان عقد الشركة من العقود غير اللازمة . وقد صرح البعض بذلك فى قوله : « فان تراضيا على الفسخ جاز » (١) .

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقى جـ ٣ ص ٤٦٩ .

هذه هى الاسباب التى تنقضى بها شركة المضاربة وكذلك سائر أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى . ونبحث فيما يلى هذه الاسباب فى نطاق القانون الوضعى .

المطلب الثانى
فى القانون الوضعى

٣٨١ — لعل ماسبق أن رأيناأسبابا لانقضاء الشركات فى أن الفقه الاسلامى ، هو ذاته ما يعتبر أسبابا للانقضاء فى القانون الوضعى. ولم ترد بالمجموعة التجارية نصوص خاصة تعرض لانقضاء الشركات ، سواء من حيث أسباب هذا الانقضاء أو من حيث الاحكام التى تنظمه . وكذلك كان موقف القانون ٢٦ لسنة ٥٤ بالنسبة للشركات التى نظم قواعدها.

لذلك يحتكم للقواعد العامة فى هذا الشأن وقد أوردها التقنين المدنى فى المواد ٥٢٦ الى ٥٣١ . وأعقبها بقواعد التصفية والقسمة فى المواد ٥٣٢ الى ٥٣٧ .

ويجرى شراح القانون على تقسيم أسباب الانقضاء الى أسباب عامة وأسباب خاصة . فالنوع الاول منهذه الاسباب تنقضى بهجميع أنواع الشركات . والنوع الثانى لا أثر له الا على شركات الأشخاص ، ويقوم أساسا على الاعتبار الشخصى الذى تتميز به هذه الشركات ، ونعرض لهذين النوعين فى ايجاز :

طرق الانقضاء العامة : —

٣٨٢ — **أولا** — انتهاء المدة المحددة للشركة أو انتهاء العمل الذى قامت من أجله : تنتهى الشركة بانقضاءالميعاد المعين لها أو بانتهاءالعمل الذى قامت من أجله (م ٥٢٦ / مدنى) . على أنه يجوز قبل انتهاء الميعاد ان يتفق

الشركاء جميعهم أو على الأقل أغلبيتهم — وفقا لما يشترطه العقد فى هذه الاحوال — على امتداد الشركة فترة أخرى وكذلك الامر فى حالة قيام الشركة لتنفيذ عمل معين • على انه فى الحالين يجوز ان تمتد الشركة ولو لم يحدث اتفاق قبل انقضائها ، وذلك اذا استمر الشركاء فى القيام بأعمال تتماثل مع الاعمال الاصلية للشركة ، فتمتد الشركة بنفس شروط العقد الاصلى سنة فسنة • (م ٥٢٦/٢ مدنى) وقد أوردت هذه المادة فى فقرتها الثالثةاستثناء على ذلك الجواز ، حيث قررت للدائنين الخصوصيين لاحد الشركاء حق الاعتراض على امتداد الشركة •

ويترتب على اعتراضهم انقضاء الشركة بالنسبة للشريك المدين ، وذلك تمكينا لهؤلاء الدائنين من التنفيذ على حصة مدينهم دون ان يتحملوا نتائج تأخير غير متوقع •

٣٨٣ — **ثانيا** — هلاك أموال الشركة جميعها أو جزئها الأكبر :

تنتهى الشركة اذا هلكت أموالها أو الجزء الأكبر من هذه الأموال بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها (م ٥٢٧/١ مدنى) • ولا يكون انقضاء الشركة نتيجة لهذا السبب الا اذا كان الهلاك غير مقابل بتعويض يحل محل الأموال التى هلكت ، لأنه حينئذ تتحقق استحالة مزاولة الشركة لنشاطها •

وقد نصت المادة ٥٢٧ فى فقرتها الثانية على أنه اذا كان أحد الشركاء قد التزم بتقديم حصته شيئا معينا بالذات انحلت الشركة اذا هلك هذا الشىء قبل تقديمه • وتعالج هذه الفقرة الحالة التى يستحيل فيها على أحد الشركاء تنفيذ التزامه بتقديم حصته شيئا معينا بالذات ، فيترتب على ذلك انهيار عنصر أساسى من عناصر الشركة وهو تقديم كل شريك حصته التى تعهد بها • فيترتب على انهيار هذا العنصر انهيار الشركة بالنسبة لجميع الشركاء • ولا يطبق هذا الحكم على غير هذه الحالة ، فاذا كان الشىء المتعهد بتقديمه من المثليات ، وهى لا تتعين بالتعيين فلا تنقضى الشركة •

٣٨٤ — **ثالثا** — الحل الاتفاقى أو القضائى:

تنقضى بهما الشركة ، فكما ان للشركاء الحق فى مد أجل الشركة ، كذلك يجوز لهم الاتفاق على تقصير مدتها (م ٥٢٩/٢ مدنى)• أما عن الحل القضائى وهو الذى يرجع فيه للقضاء للحكم بحل الشركة لعدم وفاء أحد الشركاء بما تعهد بهأولاى سبب آخر لا يرجع الى الشركاء • ويكون للقاضى تقدير المسوغ الذى يطلب حل الشركة على أساسه (م٥٣٠/١ مدنى) •

وتقول المذكرة الايضاحية عن الحل القضائى : « وقد تكون هذه الأسباب غير راجعة لارادة الشركاء كما هو الحال بالنسبة للمرض الخطير المستمر ••• أو وقوع حوادث طارئة غير متوقعة تجعل من العسير على الشركة الاستمرار فى نشاطها ••• ولا يجوز المطالبة بأى تعويض اذ لا تقصير فى جانب أحد الشركاء • وهناك من الأسباب ما يرجع الى خطأ الشريك كاخلاله بالتزاماته ••• وحق الشريك فى طلب الحل القضائى لوجود مبرر شرعى يدعو اليه يعتبر من الحقوق المتعلقة بالنظام العام ، ولذلك لا يجوز التنازل عنه قبل وقوع سببه ويكون باطلا كل اتفاق على هذا التنازل » [1] •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ .

٣٨٥ — رابعا — امتلاك شخص واحد رأس مال الشركة :

وهو سبب بديهي اذ يفترض عقد الشركة وجود شخصين أو أكثر ، تمهيدا لقيام الشخص المعنوى • وهذا فى غير الحالات التى لايكون فيها أكثر من شريكين اثنين فقط ، أحدهما يقدم رأس المال والثانى يقدم العمل • وهذا السبب لم يرد به نص فى القانون ، ولكنه يتفق مع مذهب القانون المصرى فى عدم السماح بتجزئة الذمة المالية أو تخصيص أجزائها باغراض معينة ، فالذمة المالية وحدة متكاملة بعناصرها الايجابية والسلبية • وعلى هذا الاساس يمتنع قيام شخص واحد بتكوين شركة بجزء من ماله تنحصر فيه المسئولية • وهو ماأجازته بعض القوانين وأطلقت عليه اسم شركة الرجل الواحد • لذلك كان من الواجب ان يظل تعدد الشركاء قائما ، فهو ليس شرط ابتداء فقط ، حتى ينشأ ويبقى الشخص المعنوى الذى تولد عن عقد الشركة •

هذه هى الأسباب العامة التى تنقضى بها جميع الشركات ، ويبقى بعد ذلك الأسباب الأخرى التى تنقضى بها شركات الأشخاص ، ونعرض لها فيما يلى •

أسباب الانقضاء الخاصة بشركات الأشخاص:

٣٨٦ — عقد شركة الأشخاص يظهر فيه جليا قيام الولاء للمشروع المشترك ، والتفاهم التام بين جميع الشركاء وصولا الى تحقيق أغراضهم ، فهو عقد تتفق فيه مصالح أطرافه جميعا • على أن هذا التفاهم أو ذلك الولاء قد يختل لسبب أو لآخر ، ويتعذر اعادة الرابطة بين الشركاء على ما كانت عليه من قوة وثاق • كذلك قد يطرأ على أحد الشركاء ما يؤثر فى أهليته فيختل كمالها أو يعدم هذه الأهلية ، كما قد يدرك أحد الشركاء الموت •

لذلك ينهار ذلك البناء الذى شيد باجتماع الشركاء ، نتيجة لما يطرأ مسببا للفرقة بينهم• والأسباب التى تنقضى بها شركات الأشخاص تتصل بهذه الرابطة ، فمنشؤها الاعتبار الشخصى الذى يقوم عليه هذا النوع من الشركات •

٣٨٧ — أولا — انسحاب أحد الشركاء من الشركة :

يختلف الوضع فيما بين الشركات محددة المدة،والشركات غير معينة المدة•فيتم الانسحاب بالارادة المنفردة اذا لم تكن الشركة قد حدد لها فى عقد تكوينها أجلا معينا تنتهى بانتهائه• (م ١/٥٢٩ مدنى) ويتم الانسحاب بطريق الطلب الى القضاء اذا كانت الشركة ذات مدة محددة ، ويجب ان يستند الطلب الى أسباب معقولة (م ٢/٥٣١ مدنى) •

وفى الحالين يجوز للشركاء الباقين الاستمرار فى الشركة بناء على اتفاقهم •

واذا كانت القواعد العامة لا تجيز لأحد المتعاقدين ان يستقل بفصم الرابطة التعاقدية من جانبه دون رضاء بقية الأطراف • الا أن المشرع قد خرج عن هذه القواعد فى خصوص الشركات غير محددة المدة ، فأجاز لكل شريك ان ينسحب من الشركة بارادته المنفردة • ذلك ان فى الزام الشريك بالبقاء فى الشركة لفترة غير معلومة ، ما قد يعتبر قيدا على حريته الشخصية ، واعتبار هذه الحرية الشخصية يعلو على غيرها من الاعتبارات •

ومع ذلك فان حرية الشريك فى الانسحاب من الشركة ليست مطلقة ، انما يرد عليها

بعض القيود التى روعى فيها صالح الشركة وحمايتها من النوايا غير الحسنة • وقد أوردت هذه القيود الفقرة الأولى من المادة ٥٢٩ مدنى •

وعلى ذلك يجب على الشريك الذى يريد الانسحاب من الشركة أن يعلن رغبته فى الانسحاب قبل حصوله ، الى الشركاء • وان تكون النية الحسنة متوفرة فى هذا الاجراء الذى يتخذه الشريك بارادته المنفردة ، فيمتنع عليه ان يكون قاصدا بانسحابه ايقاع الضرر بالشركة • وأخيرا يجب ان يكون الانسحاب فى وقت ملائم ، حتى لا يفاجأ الشركاء به فى ظروف يحتاجون خلالها الى تضافر جهودهم•

٣٨٨ ــ **ثانيا** ــ موت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو اعساره أو افلاسه :

ولما كانت هذه الاسباب منها ما لابد أن يتعرض له الشخص كالموت ، ومنها ما قد يتعرض له كالحجر أو الافلاس أو الاعسار• كان فى انهاء الشركة فى هذه الحالات خطر محدق يتهدد كل مشروع ناجح • ولذلك أجيز الاتفاق على استمرار الشركة بين الباقين من الشركاء ، كما أجيز الاتفاق على استمرارها فى حالة وفاة أحد الشركاء مع ورثته أو بعضهم •

وبذلك نكون قد انتهينا من عرض الاسباب التى تنقضى بها الشركة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، وذلك كتمهيد لعرض وضع الحصة بالعمل فى فترة التصفية، وهى الفترة التى تمر فيها الشركة عقب انتهائها •

ولما كان الاتفاق على استمرار الشركة فيما بين الباقين من الشركاء ــ فى حالة وفاة أحدهم ــ وكذلك فيما بينورثة من يتوفى منهم وبين بقية الشركاء جائزا•كما ان الفقهالاسلامى قد أجاز استمرار الشركة مع ولى من يفقد أهليته من الشركاء •

لذلك نبحث أسس هذا الاستمرار بالنسبة لورثة صاحب الحصة بالعمل ، كأثر من الآثار المترتبة على هذه الحصة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى •

المبحث الثانى

استمرار الشركة بعد وفاة أحد الشركاء أو فقده أهليته

المطلب الاول
فى الفقه الاسلامى

٣٨٩ ــ يقرر الفقه الاسلامى أجازة استمرار الشركة اذا توفى أحد الشركاء ، سواء بين بقية الشركاء فقط ، أو معهم ومع ورثة المتوفى منهم • كما يجيز استمرارها مع ولى من يفقد أهليته منهم ، وفى هذه الحالة يكون الولى نائبا عن هذا الشريك فيعمل لحسابه • فبالنسبة لاستمرار الشركة بين بقية الشركاء،فى حالة وفاة أحدهم،نجد ما نقلهصاحب البحر الرائق فى فصل انتهاء الشركة عن الظهيرية حيث يقول : « ولو كان الشركاءثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت الشركة فى حقه لا تنفسخ فى حق الباقين » [1] •

ونرى ان هذا النص يقرر قاعدة عامة فى شأن استمرار الشركات فى مثل هذه الحالات ، ولقد قصد الفقه الاسلامى بذلك الى حماية المشروع الذى تقوم عليه الشركة من الانهيار بسبب وفاة أحدهم • ولعل هذا

---

(١) جـ ٢ •

النص يدل على ان الشركة تبقى دون حاجة الى اتفاق سابق بين الشركاء .

وبالنسبة لاستمرار الشركة مع ورثة من يتوفى منهم ، أو ولى من يفقد أهليته ، نجد ما يقوله صاحب كشاف القناع : « واذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أى الوارث ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك فى التصرف ويأذن هو أيضا لشريكه فيه » (1) .

« وعن ذلك يقول الرملى من الشافعية : ولو كان الوارث غير رشيد فعلى وليه كولى المجنون استئنافها ولو بلفظ التقرير عند الغبطة فيها ، والا فعليه القسمة . وحيث كان على الميت دين أو وصية لم يجز الاستئناف من الوارث الرشيد وولى غيره الا بعد قضاء الدين ووصيته غير المعينة ، لان المال حينئذ كالمرهون والشركة فى المرهون باطلة . والمعين أى الموصى له المعين كوارث فله أو لوليه استئنافها مع الوارث أو وليه » (2) .

من هذه النقول يمكن ان نجد مبدأ بقاء الشركة مع الورثة بعد وفاة أحد الشركاء مسلما فى الفقه الاسلامى .

واذا لم تكن هناك حاجة الى اتفاق الشركاء اذا كان استمرار الشركة سيكون بين الباقى منهم فقط ، فان هذا الاتفاق يكون مشترطا فى حالة استمرار الشركة مع الورثة ، ولعل هذا الاتفاق ليس شرطا فيه أن يكون اتفاقا مسبقا بين جميع الشركاء ، انما يجوز ان يكون فيما بين بقية الشركاء وورثة أحدهم .

واذا كان الاصل اشتراط كمال الاهلية فى الورثة ، فانه فى حالة عدم كمال أهلية هؤلاء الورثة ، ينوب عنهم وليهم ، حماية لحقوقهم فى الشركة .

٣٩٠ — رأينا فيما سبق تقرير القاعدة العامة فى استمرار الشركات بعد وفاة أحدهم أو فقده أهليته . ونظرا لما لحصة العمل من وضع خاص ، فقد بحث الفقهاء هذا الوضع فى شركة المضاربة وأوردوا فى شأنه تفصيلا خاصا نعرض له فيما يلى عند مذاهب الفقه الاسلامى ، لنتبين الوضع الخاص لمقدم الحصة بالعمل فى الشركات .

٣٩١ — فعند المالكية اذا مات الشريك الذى قدم الحصة بالعمل كان لورثته ان يكملوا عمل مورثهم بشرط أن تتوفر لديهم صفات خاصة ففى المدونة « قال مالك فى الرجل يدفع اليه المال قراضا فيعمل فيموت المقارض قال ان كان ورثته مأمونين قيل لهم تقاضوا هذا المال وبيعوا ما بقى فى يدى صاحبكم من السلع . وانتم على الربح الذى كان لصاحبكم وان كانوا غير مأمونين فأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم ، والا .. أسلم المال ، الدين والعرض وجميع المال القراض الى رب المال ولم يكن لورثة الميت من الربح قليل ولا كثير فالذى سألت عنه يقال لورثة الميت منهما ماقيل لورثة هذا . قلت فان مات رب المال قال فهؤلاء على قراضهم بحال ما كانوا ان أراد الورثة ذلك » (3) .

هكذا يبين ان شركة المضاربة يمكن أن تستمر بين ورثة المتوفى من الشركاء وبقية الشركاء — وان كان النص يدل بظاهره ان الاستمرار لانهاء ما بدأ من عمل — الا ان الذى لا شك فيه ، هو تسليم أمور الشركة الى ورثة صاحب الحصة بالعمل فى حالة وفاته ،

(1) جـ ٢ ص ٢٥٩ .
(2) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٨ .
(3) جـ ١٢ ص ١٣٠ .

ويستمر العمل بنفس الشروط التى كانت ضمن عقد الشركة الأصلى • ولا يرد على ذلك أى قيد عند المالكية الا فيما يتعلق بشرط توفر الثقة لـدى ورثة الشريك صاحب الحصـة بالعمل • وهو قيد يتفق مع طبيعة حصـة العمل وما يترتب عليها من تسليم أمـوال الشركة الى مقدمها ، وقيامه بالتصرف فى هذه الأموال وادارتها ، كما يتفق من ناحية أخرى مع الاعتبار الشخصى الذى روعى فى اختيار الشركاء بعضهم بعضا بالنظر الى صـفات معينة قد لا تتوفر فى غيرهم • ومع ذلك فان عدم توفر هذه الصفات فى الورثة لا يمنع من استمرار الشركة مع من يمثلهم بشرط أن يكون موضع ثقة • وأخيرا فان الاتفاق بين بقيـة الشركاء والورثة ضرورى لاستمرار الشركة •

٣٩٢ ــ وعند الشافعية يسـتمر صاحب حصة العمل فى تصرفه للشركة استيفاء فقط اذا مات صاحب حصة رأس المـال دون أن يتوقف ذلك على اذن من ورثته • أما اذا توفى صاحب الحصة بالعمـل فان ورثته يمتنـع عليهم الاستمرار الا برضاء صاحب حصة رأس المال • وهذا شرط منطقى نظرا لاختلاف يد الورثة عن يـد مورثهم ، فيجب أن يكـون لأصحاب حصص رأس المال الحق فى الموافقة أو الرفض حتى يكونوا فى مأمن من عواقب عدم صلاحية هؤلاء الورثة للدخول فى الشركة ، ومباشرة ادارتهـا • هذا اذا كانت أمـوال الشركة عروضا يراد بيعها، أما اذا كانت أموال الشركة عروضا يراد استمرار الشركة عليهـا فلا يجوز حتى تباع ويتحول رأس المال الى نقود • وعن ذلك يقول صاحب نهاية المحتاج: « وللعامل الاستيفاء بعد موت المالك من غير اذن وارثه ويمتنع ذلك على وارث عامل مات الا باذن المالك • ولا يقرر ورثة المالك على العرض كما لا يقرر ورثة العامل عليه ، لأن ذلك ابتداء قراض وهو ممتنع على العـرض فان نض المال ولو من غير جنس المال جـاز تقرير الجميع •• وكالورثة وليهم ، وكالموت الجنون •• » [1] يتضـح من هذا النص ان لصاحب الحصة بالعمل اذا مات شريكه أن يقوم باستكمال ما قام به من عمل وتصـفية الشركة ، دون ما حاجـة الى اذن من ورثة المتوفى • وهذا يوضح مدى ما ترتبه الحصة بالعمل من حقوق •

أما استمرار الشركة مع الورثة ــ سـواء كانـوا ورثة الشريك بالعمل أو ورثة أحـد الشركاء اصحاب الحصص المالية ــ فيشترط جوازه ان تكون أموال الشركة سائلة • فكأن الاستمرار هنـا بداية شركة جديـدة حتى لا تجوز الا والمال سائلا •

٣٩٣ ــ والحنابلة يقررون اما ان تبـدأ شركة جديدة واما أن تصفى أعمال الشركة ، ويشترط لبدء الشركة الجديدة أن يكون رأس المـال سائلا • فان كان المـال عروضا ففى المذهب رأيان بالنسبة للفرض الذى يكون فيه المتوفى من الشركاء هو صاحب رأس المال ، فالرأى الأول يقرر جواز الاستمرار دون أن يعتبر ذلك بداية شركة وانما اتمام للشركة القائمة • والرأى الثانى يعتبـر الاستمرار ابتداء شركة جديدة ولذلك يشترط أن يكون رأس المال سائلا • وأما اذا كان الشريك الذى توفى هو صاحب حصة العمل ، فيتوم العرض وتبدأ الشركة بقيمته يوم العقد ، وذلك ما لم يكن المال وقتئذ سائلا • وفى ذلك يقول ابن قدامه : « فان كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامه والمال ناض ،

(١) جـ ٤ ص ١٧٥ •

جاز ويكون رأس المـال وحصته من الربح رأس المال ، وحصـة العامل من الربح شركه له مشاعه .. فان كان المال عرضا وأرادوا اتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه .. لأن هذا اتمام للقراض لا ابتداء له . وذكر القاضى وجها آخر ، انه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتـداء قراض على عروض . وهذا الوجه أقيس .. وكلام أحمد يحمل على انه يبيع ويشترى باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ العقد .. فأما ان مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فان كان ناضا جاز ... وان كان عرضا لم يجز ابتداء القراض الا .. بان تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد .. فان لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال انما رضى باجتهاد مورثه فان لم يرض ببيعه رفعه الى الحاكم ليبيعه . فأما ان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ »[1] .

ومن هذا النص يتضح أن صاحب الحصة بالعمل ، اذا مات صاحب رأس المال ، كان شريكا بنصـيبه فى الربح ، فى رأس المـال بالاضـافة الى حصـته الأصلية وذلك اذا استمرت الشركة مع ورثة صاحب رأس المال. فكأن شركة القراض تصير شركة أموال وقراض معا . كما أنـه اذا مات رب المـال دون ان تستمر الشركة كان لصاحب الحصة بالعمل بيع موجودات الشركة ، دون أن يكون له الحق فى ابتداء نشاط جديد ، ولعله يكون له حق البيع دون حاجة الى اذن الورثة ، حيث لم يرد ذكر لهذا الاذن . ويكون المذهب الحنبلى متفقـا فى ذلك مع ما يراه الشافعية .

٣٩٤ — وعند الزيدية : « تبطل ... بموت المالك لانتقال الملك فيسـلم العامل الحاصل من نقـد أو عرض تيقن ان لا ربح فيـه . ولا يلزمه البيع اذ قد ملكه الوارث وبطلت الولاية . ويبيع برضا الوارث ما فيه ربح . فان امتنع الوارث مع تجويز الربح أجبر ، اذ لا يظهر الربح الا به . وبموت العـامل وعلى وارثه وله كذلك . فان قال المالك قـد اقررتك على مضاربة أبيك لم يكف لانفسـاخ الأول »[2] . وعلى ذلك فلصـاحب الحصـة بالعمـل وكذلك لورثته بيـع عروض الشركة استظهارا للربح ، برضا ورثة اصحاب رأس المال أو الشركاء أنفسهم ، حسب الأحوال . فاذا كان فى موجودات الشركة ربح وعارض صاحب المـال أو ورثته فى بيـع موجودات الشركة ، يتم ذلك جبرا عليهم — ولا يكون الجبر الا بعد عرض الأمر على القضاء .

أما استمرار الشركة مع الورثة فلا يكفى فيه مجرد الاقرار عليها انما يشترط لاستمرار الشركة ما يشترط لابتداء شركة المضـاربة ، لأن الشركة قد انتهت بموت أحـد الشركاء . والاستمرار انما يمثل بداية شركة جديدة .

٣٩٥ — وعند الحنفية : اذا مات رب المال باع صاحب حصة العمـل موجودات الشركة بغرض التصفية . واذا مات صاحب الحصـة بالعمل باع موجودات الشركة وصيه . وفى ذلك يقول الزيلعى : « وتبطل بموت احدهما لأن المضاربة وكالة هى تبطل به ولا تورث»[3] .

ويقول ابن عابدين عن البـزازية اذا مات صاحب الحصة بالعمل والمال عـروض باعهـا وصيه . ولو مات رب المال والمال نقد تبطـل

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٦٠ — ٦١ .

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٨٧ .
(٣) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٦٦ .

فى حق التصرف ، ولو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد » [1] .

من ذلك نتبين ان المذهب الحنفى لا يرى لورثة أحد الشركاء ان يحل محل مورثه ، لأن شركة المضاربة وكالة ، والوكالة لا تورث . على انه اذا وضح ان استمرار الشركة مع الورثة كما تراه بقية المذاهب هو ابتداء شركة جديدة ، حتى انهم اشترطوا لجواز الاستمرار أن يكون رأس المال سائلا ، أو على الأقل — كما يرى الحنابلة — تقوم العروض وتبدأ الشركة بقيمتها . فيكون رأى الحنفية غير بعيد مما تراه هذه المذاهب . وعلى ذلك يمكن القول بأنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الشركاء مع ورثة صاحب الحصة بالعمل على استمرار الشركة بعقد جديد ، وبذلك نكون بصدد شركة جديدة — بتغيير بعض اطرافها — وان قامت على نفس المشروع .

٣٩٦ — والذى يتضح مما سبق ان الفقه الاسلامى يجعل لصاحب حصة العمل — اذا مات الشريك صاحب حصة رأس المال — التصرف فى أموال الشركة للتصفية ، ليظهر ما لكل شريك وما عليه . وهذا يتفق مع حق صاحب هذه الحصة فى الادارة والتصرف ، وهو الحق الذى ترتبه الحصة بالعمل لمقدمها . وكذلك يتمشى مع حق هذا الشريك فى الحصول على نصيب من الربح ، وهو لا يتحقق الا ببيع عروض الشركة وموجوداتها .

فاذا كان صاحب الحصة بالعمل هو الذى مات فلورثته أو وصيه — عند البعض — الحق فى التصرف لتصفية الشركة ، فهو يبيع موجوداتها حتى تصير جميع أموالها نقودا .

وهذا الحق يترتب على حقهم فى الحصول على نصيب مورثهم فى الربح ، حيث ان جميع المذاهب قد اتفقت على حق صاحب الحصة بالعمل فى جزء من الربح . وهو اما أن يملكه بمجرد ظهوره عند البعض واما بالقسمة عند البعض الآخر . ويكون لهذا الشريك — وفقا للرأى الأخير — حق مؤكد فى الربح قبل قسمته يورث عنه . وفى الحالين يخلف الورثة مورثهم فى حقه هذا قبل الشركة .

وكذلك يقرر الفقه الاسلامى استمرار شركة المضاربة مع ورثة صاحب الحصة بالعمل ، وهذا عند المذاهب جميعا . وان صرح الحنفية بان شركة المضاربة تبطل ولا تورث كالوكالة . ذلك ان استمرار الشركة يخضع لارادة الشركاء والورثة فاذا اتفقوا على استمرار الشركة كان لهم ذلك ، وحينئذ يعقدون شركة جديدة .

على انه عند الحنابلة والشافعية والزيدية — وقد صرحوا باستمرار الشركة مع الورثة — يحل ورثة صاحب الحصة بالعمل محله بالشركة وان كان هذا الحلول يعتبر ابتداء شركة جديدة . الا ان الذى لا جدال فيه ان دخول هؤلاء الورثة فى شركة مع بقية الشركاء ، قد ترتب على ما كان لمورثهم من صفة الشريك فدخولهم الشركة وان اتخذ مظهر الحق الجديد الذى ينشأ لهم ابتداء ، انما هو فى الواقع متصل بما كان لمورثهم . فلولا ذلك الوضع القديم لما ثار موضوع دخولهم فى شركة مع شركاء مورثهم ولو بعقد جديد .

ولعلنا نرى — فى العمل — حديثا ان استمرار الشركة مع الورثة يترتب عليه تعديل عقدها ، بل ان عنوان الشركة قد يعدل ، كما

(١) حاشيته على الدرجة ٤ ص ٥١٠ .

لو كانت الشركة قد اتخذت لها عنوانا اسم الشريك الذى توفى • وهـذا قد يعطى مظهر الشركة الجديدة •

هذا الى اننا رأينا عند بعض من صرح من الفقهاء باستمرار الشركة مع الورثة ، عـدم اعتبار هذا الاستمرار بداية شركة جديدة ، بل هى نفس الشركة تبقى بشروطها مع دخول الورثة كشركاء جدد • وهذا ما وجدناه عند المالكية فى قول الامام : « فهؤلاء على قراضهم بحال ما كانوا ان اراد الورثة ذلك »[1] •

وكذلك فيما ورد عن الامام أحمد من جواز استمرار الشركة واموالها عروض ، لأن هذا اتمام للقراض لا ابتداء له[2] • وان حاول بعض فقهاء المذهب الحنبلى تأويل هذا القول على ان المقصود منه هو القيام بالتصرفات التى توصل الى تصفية الشركة •

وأيا ما كان الأمر فلابد من عمل حساب تصفى به حقوق الأطراف ليعلم كل منهم ما له فى الشركة التى ستواصل نشاطها مع الورثة، وكذلك لمعرفة الحقوق التى يتلقاها الورثة فى الشركة عن مورثهم • كما انه لابد أن يكون ورثة الشريك صاحب الحصـة بالعمـل ممن يتقنـون التصرفات المتعلقة بنشـاط الشركة وممن لهم خبرة فى نوع ذلك النشاط • وهو ما كان محل اعتبـار فى مورثهم • والا كان دخولهـم الشركة مؤديا الى الاضرار بهـا وبالتـالى الاضرار بالشركاء وبالورثة على سـواء •

(1) المدونة جـ ١٢ ص ١٣٠ •
(2) انظر ما سبق بند ٣٩٣ •

المطلب الثانى
فى القانون الوضعى

٣٩٧ ـ رأينا موقف الفقـه الاسلامى من اسـتمرار الشركة مع ورثة الشريك صاحب الحصة بالعمل، والتفصيل الذى ورد فى أقوال فقهاء مذاهبه فى هذا الصـدد • أما القانون الوضعى فلم يضع بعد قواعد خاصة بالشريك صاحب الحصة بالعمـل فى حالات الوفاة أو الحجر • انما وضع قواعد عامة تطبق فى حالة الوفاة بالنسبة لجميـع الشركاء • وقد كان مسلك الفقه الاسلامى هو المسلك الأفضل لأن الحصة بالعمل تقتضى تنظيما دقيقا يتفق مع طبيعتها الخاصة ومع ما ترتبه من حقـوق والتزامات لمقدمها وعليه ، لا سيما الحق فى الادارة •

ولعل السبب فى مسلك القانون انه لم يجعل للشريك بالعمـل حقا يتميـز به عن غيره من الشركاء بالنسبة لادارة الشركة • ذلك انه لم يأخذ بعد بفكرة الفصل بين الادارة والملكية كفكرة عامة تحيط بنظرية الشركة •

وقد أجاز القانون ـ فى قواعده العامة ـ الاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى أو بعضهم • وذلك حتى لا تهدر شركة ناجحة بسبب موت أحـدهم ، كما لا يحرم ورثة أحد الشركاء من الاستفادة من مشروع مزدهر •

ولا تثور أية صعوبات اذا كان الورثة كلهم كاملى الأهلية يحلون محل مورثهم ولو كان شريكا متضامنا • وفى الحـالة التى يكون المـورث شريكا موصـيا يكون الورثة شركاء موصين ، ولا يشترط فيهم كمال الأهليـة ، حيث انهم لا يكتسبون صفة التاجر كما يمتنع

شهر افلاسهم ، وتنحصر مسئوليتهم فى حدود الحصة التى ورثوها •

على انه تجب ملاحظة ان القانون بالنسبة للشركة ذات المسئولية المحدودة قد حدد لعدد الشركاء حدا أقصى لا يجوز ان يزيد عنه • فقد قرر ان لا يزيد عدد الشركاء على خمسين شريكا • وعلى هذا يجب ان لا يترتب على دخول الورثة هذه الشركة مخالفة هذا الحكم• وحينئذ لا مفر من الاتفاق على دخول أحد الورثة فقط أو عدد منهم ابقاء على عدد الشركاء فى الحد القانونى •

٣٩٨ ـ اما الصعوبة فتثور اذا كان الشريك المتوفى متضامنا ، وورثته أو بعضهم قصرا • فمقتضى الاتفاق على استمرار الشركة أن يكون الورثة شركاء متضامنين فيسألون فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة ويكتسبون صفة التاجر ، وبالتالى يمكن شهر افلاسهم • ويترتب على ذلك تعرضهم لمخاطر جسيمة قد تتعدى ما ورثوه فى هذه الشركة الى أموال أخرى خارج نطاقها ، بل الى اموال خارج نطاق التركة بأسرها •

وهذا لا يتفق مع وضع القاصر الذى أراد الشارع حمايته وصيانة أمواله ، فقرر منعه من مباشرة التصرفات فى أمواله حتى يتم رشده •

وفى محاولة الخروج من هذه الصعوبة ظهر رأيان كان رحابهما القضاء فى فرنسا والقضاء المختلط فى مصر • وأول هذين الرأيين هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسى من أن التركة تعتبر بمثابة مجموعة أموال أو شخص معنوى يحل محل الشريك المتوفى ، وتظل وحدها مالكة لحصته ومسئولة عن ديون الشركة • وبذلك لا يتعرض القاصر لمسئولية تزيد على حصته فى التركة كما أنه لا يكتسب صفة التاجر • وهذا الرأى يقف الى جوار القصر حماية لهم من النتائج المترتبة على اعتبارهم شركاء متضامنين • ولكن ذلك كان على حساب المبادىء القانونية كما أنه فى الحقيقة يخرج على معنى التضامن فى شركات الاشخاص حيث ان المسئولية ستكون محصورة فى حدود حصة المورث • فى حين ان المسئولية التى يحمل بها الشريك المتضامن مسئولية مطلقة عن ديون الشركة فى جميع أمواله • وهذا الرأى يكاد يجمع عليه غالبية الشراح فى فرنسا • أما الرأى الثانى وهو ما ظهر من خلال القضاء المختلط فى مصر ، فهو ان تتحول شركة التضامن الى شركة توصية بسيطة ، ويدخلها الورثة القصر كشركاء موصين تتحدد مسئوليتهم عن ديون الشركة بقدر انصبتهم فى حصة مورثهم ، ولا يكتسبون صفة التاجر ، وبالتالى يمتنع شهر افلاسهم • وكذلك يكون الحكم اذا كانت الشركة اصلا شركة توصية، ولكن قد يحتاج الى شريك أو أكثر متضامنين اذا لم يكن فى الشركة متضامنا غير المورث • فيجب أن يرضى أحد الشركاء الموصين أو أكثر ان يتحول الى شريك متضامن •

ولعل هذا الرأى يتضمن أوفق الحلول ، ولعله أيضا يقترب من المنطق القانونى ، وان كانت ارادة المتعاقدين عند العقد تبعد كل البعد عنه • الا انه مع ذلك يمكن القول ان هؤلاء الشركاء لو خيروا عند العقد بين حل الشركة عند وفاة أحدهم وبين تحولها الى شركة توصية بسيطة ، حتى لا يحرم ورثة المتوفى القصر من دخول الشركة ، لاختاروا الحل الاخير حماية لمشروع ناجح من الانهيار، ووقاية لورثتهم من الحرمان من آثار هذا

المشروع . ومع ذلك فان هذا الرأى — فى مصر — يحتاج الى السند القانونى[1] . وان رآه البعض الرأى الراجح فى الفقه[2] .

٣٩٩ — هذه هى القواعد العامة التى تحكم شركات الأشخاص فى حالة الاستمرار مع ورثة الشركاء الذين يتوفون أثناء قيام الشركة . ومقتضى ذلك أن الشريك بالعمل يخضع لهذه القواعد كسائر الشركاء ، طالما أن القانون لم ينظم وضعه بقواعد خاصة .

ومع ذلك فلا نسلم بتطبيق هذه القواعد فى حالة وفاة الشريك صاحب الحصة بالعمل ذلك أن محاولة تطبيقها فى هذه الحالة تقف فى وجهها صعوبات جمة .

فهذا الشريك ليس له حصة فى رأس المال، فحصته التى دخل بها الشركة تتكون من عمله فقط .

فاذا وافته منيته أثنـاء قيـام الشركة كان وفاؤه بحصته وفاء غير تام . ويترتب على ذلك أن لا يكون للورثة سوى حصة مورثهم من الأرباح التى تكون قد تحققت من أعمال عند الوفاة . كذلك لا يمكن اعتبار الوفاء الباقى للحصة دينا فى تركته يلتزم به الورثة فى حدود هذه التركة .

فكيف يدخلون الشركة محل مورثهم ؟ فى واقع الأمر — كما رأينا — أنهم لا يرثون عنه شيئا فى رأس المـال يدخلون به الشركة ، كما أنهم غير ملتزمين بالقيام عنه بما لم يوف من حصته .

وهنـا تبرز الحاجة الى تقرير قواعد خاصة بحصة العمل . ولعله يكون جديرا أن نتجه فى ذلك الى الفقه الاسلامى الذى نظم أوضاع هذه الحصة ، نستمد منه هذه القواعد الخاصة .

وعلى ذلك يمكن القول أن ورثة هذا الشريك لا يحرمون من دخول الشركة محل مورثهم ، بل يجوز أن تستمر معهم الشركة اذا تحققت شروط معينة . لكنهم يحلون محل مورثهم فى العمل الذى كان يقوم به ، فهم بمثابة شركاء جدد لأنهم سيقدمون عملا يتدخل كل منهم بمجهوده الشخصى تدخلا ايجابيا فى أدائه ، حيث لا مال يرثونه يرتب لهم خلافة لمورثهم فى الشركة .

اذا كان الأمر كذلك فيجب أن تتوفر فيهم الصـفات التى توفرت فى مورثهم من خبرة أو فن ، ومن ثقة وأمانة ، ومن قدرة وكفـاية فى أداء العمل .

والا كان للشركاء أن يرفضـوا دخولهم الشركة . كذلك قد تثور الصعوبة اذا كان عدد الورثة كبيرا بحيث يتعارض اقتسامهم التزام مورثهم مع حسن سير العمل . وفى هذه الحال لا يكون أمام الورثة الا أن يوافقوا على دخول أحدهم أو بعضهم وفقـا لمقتضيات ظروف العمل .

وهؤلاء الذين ينضمون للشركة هم وحدهم الذين يكتسبون صـفة الشريك ويختصـون بما ترتبه هذه الصفة من حقوق دون بقيـة الورثة .

لكن من ناحية أخرى فان بقية الورثة كانوا يأملون فيما سيحصـل عليه مورثهم ويعود عليهم بالنفع .

وهذا مجرد أمل يمكن الاتفاق على تسوية

---

(١) يراجع فى عرض الرأيين الوسيط لمحسن شفيق ج ١ بند ١٢٦ وما بعده ، مصطفى طه ص ٣٢٠ — ٣٢١ ، على يونس بند ١٦٥ .

(٢) البارودى ج ١ بند ١٦٩ .

أموره — بعيدا عن الشركة — فيما بين الورثة.

وأخيرا يجب أن تتوافر لمن يدخل الشركة من الورثة الأهليـة المطلوبة لهـذا الشريك وهى كمال الأهلية أو على الأقل التمييز مع الاذن فى التجارة • فاذا كان جميع الورثة قصرا غير مأذونين فى التجـارة فلا يكون لهم سـوى الحصول على ما يكون لمورثهم من نصيب فى أرباح الشركة حتى وقت وفاته • كما أنه يمكن القول أنه يجوز الاتفاق على أن يدخل هـذا النصيب من الربح كحصة تضاف الى رأس المـال باسم الورثة •

٤٠٠ — عرضنا فيما سبق للأسـباب التى تنتهى بها شركة المضاربة ، وكذلك الشركات القانونية ، وما يترتب على انتهائها بوفـاة الشريك صاحب الحصة بالعمل أو صاحب حصة رأس المـال • وقد رأينا أن صاحب الحصـة بالعمـل لـه الحق فى بيـع عروض الشركة للتصفية • فاذا كان هو الذى توفى كان لورثته أو وصية — عند البعض — الحق فى القيـام باجراءات التصفية •

وبذلك يتضح أن اجراءات التصفية عنـد انتهاء شركة المضاربة بموت أحد الشركاء هى واجب يقع على عاتق صاحب الحصة بالعمل، حيث أن هذه الحصة ترتب فى الفقه الاسلامى لمقدمها مباشرة التصرفات • وكما أن هـذه الاجراءات واجب على مقدم هذه الحصة ، هى أيضـا من حقه ، لأن نصـيبه فى الربح لا يسلم له الا بعد الانتهاء من هذه الاجراءات فكان من حقه القيام بها باعتبارها تتمة لأعماله ووصولا الى حقه فى الربح • كل ذلك وفق ما يراه الفقه الاسلامى ، أما القانون الوضعى فيختلف ما يذهب اليه عن ما ذهبت اليهمذاهب الفقه الاسلامى وقد رأينا الحاجة الى قواعد جديدة تدخل القانون وتخص تنظيم وضـع الحصة بالعمل عند وفاة صاحبها • على أن الشركة قد لا تستمر بعد وفاة أحد الشركاء ، وكذلك لا تستمر بعد انتهائها بأى سبب من أسباب الانتهاء الأخرى ، لذلك نعرض لوضع هذه الحصة من حيث القيام باجراءات التصفيه فى الفقه الاسـلامى ، ثم نعرض لوضع هذه الحصة فى فترة تصفية الشركة فى القـانون الوضعى •

المبحث الثالث
القيام باجراءات التصفية

٤٠١ — الشركة كشخص معنـوى تدخل ميدان التعامل ، لا تمحى من الوجود بمجرد حلها ، انما تظل بعد قرار الحل لفترة من الزمن تسوى فيها جميع أمورها لمعرفة ما لها وماعليها ففيما بين قرار الحل ، ودخول الشركة الى نطاق العدم تبرز فترة تصفى فيها أوضاعها •

ونبحث وضع حصة العمل فى هذه الفترة والدور الذى يمكن أن تؤديه ، أو يكون لزاما على مقدمها أن يؤديه ، ونقسم البحث الى مطلبين نتناول فى أولهمـا مـا يراه الفقـه الاسلامى • ونخصص المطلب الثانى لمـا يراه القـانون الوضعى •

المطلب الأول
فى الفقه الاسلامى

٤٠٢ — نتخذ أساسا لبحث وضع الحصة بالعمل فى فترة التصفية فى الفقه الاسلامى ، فترة التصفية المترتبة على الانتهاء الارادى للشركة ، وهو الحاصل بفسخ أحد الشركاء للشركة •

اذ أن وضع هذه الحصة فى هذه الحـالة يعتبر الأصل الذى يطبق على الانتهـاء فى الحـالات الأخرى فيما عـدا انتهـاء الشركة

لهلاك جميع أموالها حيث لا شيء يباع بعد أن هلكت موجوداتها وسلعها ، اللهم الا اذا كان للشركة حقوق لدى الغير يجب استيفاؤها.

ولعل أهم اجراءات التصفية هو بيع سلع الشركة وموجوداتها ، واستيفاء الديون المستحقة لها على الغير سواء كان ذلك الاستيفاء تراضيا أو تقاضيا . وعن هذين الاجراءين تدور أقوال فقهاء المذاهب ونتناول كلا منهما فى الفرعين الآتيين .

الفرع الأول
بيع سلع الشركة وموجوداتها

٤٠٣ ـ فى هذا الصدد يبرز ثراء الفقه حيث أسفرت آراء فقهائه عن اتجاهين يلتقيان فى نتائجهما مع اختلاف فى الوسيلة .

فالاتجاه الأول يمثله مسلك الحنفية والمالكية اذ اشترط هذان المذهبان ليرتب الفسخ آثاره أن تكون أموال الشركة فى حالة سيولة . وعندهما ـ بناء على ذلك لا تثور بالنسبة لبيع سلع الشركة آية صعوبات ، ذلك أنة لكى ينفذ الفسخ يجب أن تكون هذه السلع والموجودات، مباعة وأنها قد تحولت الى نقود . فاذا أراد أحد أطراف الشركة أن يفسخ عقدها وأموالها عروض ، لا يفسخ عقد الشركة حتى يتم بيعها وتتحول الى أموال سائلة [1] . ونبيع سلع الشركة وموجوداتها من حق صاحب حصة العمل بل هو من واجباته أيضا . ولا يجوز لأحد من أصحاب حصص رأس المال أن يتدخل فى هذا الاجراء فالمفروض أن الشركة باقية وأن مباشرة التصرف من مهام الشريك صاحب الحصة بالعمل .

والاتجاه الثانى : نجده عند من يرى من مذاهب الفقه الاسلامى أن الفسخ يرتب أثره على أى حال كانت أموال الشركة ـ فلا يشترط لذلك أن تكون أموال الشركة نقودا ، بل يجوز الفسخ والأموال جميعها عروض . ومع ذلك فهذا الاتجاه فى مجموعة يجعل لصاحب الحصة بالعمل الحق فى بيع العروض بعد الفسخ ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

وهنا يلتقى الاتجاهان فى النتيجة وهى أن بيع سلع الشركة يقوم به الشريك صاحب الحصة بالعمل . وهى نتيجة طبيعية لاتفاق غالبية مذاهب هذا الفقه على أن التصرف يختص به أصلا هذا الشريك فى فترة حياة الشركة .

ونعرض فيما يلى لأقوال بعض علماء المذاهب التى تمثل هذا الاتجاه .

٤٠٤ ـ فالشافعية فى أقوى القولين عندهم أن صاحب الحصة بالعمل يلزم ببيع سلع الشركة ، والقول الثانى لا يلزم بذلك الا اذا كان فى أموال الشركة ربح . ويورد صاحب نهاية المحتاج هذا التفصيل فى قوله : « ويلزم العامل ... تنضيض رأس المال ان كان ما بيده عند الفسخ عرضا .. وان قال رب المال لا أثق به ، جعل مع يده يد فى أوجه الوجهين لأن الائتمان انقطع بالفسخ . وظاهر كلامهم أنه لا ينعزل حتى ينض المال ويعلم به المالك ... ولو قال لـه المالك لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضا أجيب ، وكذا لو رضى بأخذ العروض من العامل بالقيمة ولم يزد راغب ... وقيل لا يلزمه التنضيض ان لم يكن ربح لأنه لا يحسن تكلفه العمل الا لفائدة

---

(١) انظر ما سبق بند ٣٧٧ .

له ويرد بأنه وطن نفسه على ذلك مطلقا » [١].

ويلاحظ فى هذا القول أن البيع لتحويل سلع الشركة الى نقود يقوم به صاحب الحصة بالعمل ، حتى ولو ساور الشك أصحاب حصص رأس المال ، وحينئذ لا يسلب هذا الاختصاص من صاحب هذه الحصة ، انما يكتفى بوجود من يثق به هؤلاء الشركاء — ممثلا لهم — بجانب هذا الشريك عندما يقوم باجراءات بيع سلع الشركة وموجوداتها ليحول ما تمتلكه الى نقود .

وقد يظهر فى كلامه تناقض مع كلام له فى موضع آخر سبق أن ذكرته فى صدد فورية نفاذ الفسخ عند الشافعية [٢] ، بينما يقول هنا أن الظاهر أن صاحب حصة العمل لا ينعزل الا والمال ناض مع علم صاحب رأس المال. ويحاول الشبراملسى تأويل ذلك فيقول : « هذا قد يخالف قوله السابق لكل فسخه متى شاء ولو فى غيبة الآخر ، اللهم الا أن يحمل ذلك على ما لو كان المال منضا وعلم به المالك ثم غاب وعزل العامل نفسه فى غيبته ، وما هنا خلافه » [٣] .

وأرى أن هذا التأول غير جائز ، لأن الأصل عند الشافعية فسخ الوكالة دون علم الذى فسخت عليه ، وبرروا ذلك بأن ما لا حاجة فيه للرضا لا حاجة فيه للعلم . وكلامه الأول على هذا الأصل .

أما كلامه هنا فمخالف له ، وتأويل الشبراملسى يؤدى الى جعل الأصل أن يكون المال ناضا حتى يرتب الفسخ أثره ، اذ يفترض أن المال كان ناضا وأن صاحب حصة المال علم بنضوض المال ، وأن صاحب الحصة بالعمل — والمال ناض ورب المال يعلم بذلك — قد فسخ عقد الشركة فى غيبة صاحبه ، فلذلك يجوز الفسخ . ومقتضى ذلك أنه لا يجوز الفسخ اذا لم يكن المال ناضا ، وهذا يخالف أصل المذهب .

ولهذا أرى أنه لعل المقصود من قوله هنا ، أن الفسخ لا يترتب عليه حرمان الشريك صاحب الحصة بالعمل من مباشرة التصرفات المؤدية الى تصفية مركز الشركة . وهو ما يتفق وما جاء فى بداية النص من أن هذا الشريك يلتزم بتحويل سلع الشركة الى مال سائل .

٤٠٥ — وعند الحنابلة يجوز الاتفاق على بيع العروض أو قسمتها ، وكلا منهما — البيع والقسمة — جائزان لأنهما حق الشركاء . فاذا لم يتم الاتفاق على أى من الاجراءين ينظم المذهب وضع الشركة على التفصيل التالى ، ويرويه ابن قدامة فى قوله : « وان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما . وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر فى المال ربح ، أجبر رب المال على البيع ، وهو قول اسحق والثورى . لأن حق العامل فى الربح ولا يظهر الا بالبيع . وان لم يظهر ربح لم يجبر . لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك ، فلم يجبر على بيعه . وهذا ظاهر مذهب الشافعى . وقال بعضهم فيه وجه آخر، أنه يجبر على البيع لأنه ربما زاد فيه زائد ، أو رغب فيه راغب فزاد فى ثمن المثل فيكون للعامل فى البيع حظ ... (ويرد ابن قدامه على هذا الرأى بأن صاحب الحصة بالعمل يستحق الربح الى حين الفسخ وما يحدث

---

(١) ج ٤ ص ١٧٥ — ١٧٦ . والمقصود بالتنضيض تحويل السلع الى نقود . راجع المصباح المنير ج ٢ ص ٨٣٨ .

(٢) راجع ما سبق بند ٣٧٧ .

(٣) هامش نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٦ .

بعده من زيادة فلا حق له فيها) ... وان طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان أحدهما : يجبر العامل على البيع وهو قول الشافعى لأنه عليه رد المال ناضا كما أخذه . والثانى : لا يجبر اذا لم يكن فى المال ربح، أو أسقط حقه من الربح . لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيا من المال » [1] .

وتجب ملاحظة أن المراد من البيع جبرا على أى من الشركاء ، فى الأحوال المذكورة فى هذا النص ، هو البيع عن طريق حكم القضاء.

ولنا على ما يقول به ابن قدامه من أن الحق فى أرباح الشركة محدد بوقت فسخها،ملاحظة. ذلك أن الربح لا يمكن التأكد بتحققه أو فواته الا بعد البيع ، وكل قول قبل البيع عن الربح أو الخسارة انما هو من قبيل الحزر والتخمين. فيجب أن يكون الاستحقاق فى الربح الى حين البيع . هذا بالاضافة الى أن الفسخ يترتب عليه توقف نشاط الشركة الجديد ، لكنه لايوقف النشاط الذى ينهى أعمالا سابقة عليه . ولذلك يبقى لصاحب الحصة بالعمل الحق فى القيام بالنشاط الذى ينهى به أعماله السابقة على الفسخ استظهارا لحقه فى الربح .

ولذلك فان البيع لا يكون الا فى سلع وموجودات قام هذا الشريك بشرائها وحصلت الشركة عليها ، بصفته مديرها .

٤٠٦ — وعند الظاهرية : يجبر صاحب الحصة بالعمل على بيع سلع الشركة فور الفسخ سواء كان فى المال ربح أو خسارة ، لأن الأصل عندهم أن لا مدة لشركة القراض ، ولذلك لايجوز التأخير فى بيع السلع لأنه لايمكن التوصل الى المدى الذى سيكون اليه الانتظار حتى تتحقق أرباح ، وهذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف هذا القول [2] .

٤٠٧ — وللزيدية ما يقوله ابن المرتضى من أن « على العامل بيع العرض ... فان اختار المالك العرض فله أن لم يجوز الربح فيه، ومع تجويز الربح لا يلزمه تعجيل البيع بعد التفاسخ . قيل يمهل أربعين يوما ، قلت الأقرب أنه موضع اجتهاد بحسب اختلاف المال والسوق وغير ذلك » [3] .

ويضع هذا النص بعض المعايير التى يمكن أن ينبنى عليها اتفاق الشركاء حول بيع سلع الشركة بعد فسخها ، وكذلك ليسترشد بها القضاء فى نظره لأى نزاع يشجر فى هذا الشأن .

ومن هذه المعايير نوع السلع وهى تختلف من نوع الى آخر من حيث سرعة التلف والفساد ، وكذلك مواسم الاقبال على شرائها. واختلاف الأسواق فى البلد الواحد من وقت الى آخر ،وفى الزمن الواحد من بلد الى آخر.

وينضم الامامية الى هذه المذاهب بصدد فسخ الشركة وأموالها عروض ، واختصاص صاحب الحصة بالعمل ببيع هذه العروض [4].

وبذلك يتأكد اتفاق الاتجاهين على نتيجة واحدة هى اختصاص حصة العمل بهذا الاجراء فيقوم الشريك الذى يقدم عمله بمباشرته ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . وأن توصل كل منهما عن طريق مغاير . فالاتجاه الأول ويمثله الحنفية والمالكية لا يجيز الفسخ الا اذا

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٨ — ٥٩ .

(٢) راجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤٩ .
(٣) البحر الزخار جـ ص ٨٧ .
(٤) راجع مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٤٢٥ وما بعدها .

كانت أموال الشركة (المضاربة) سائلة •وعلى ذلك فلا ينتج الفسخ آثاره اذا كانت الأموال سلعا وعروضا • والاتجاه الثانى ، ويمثله كل من الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر والزيدية والامامية ، يجيز الفسخ ولو كانت أموال الشركة عروضا ، ومع ذلك فصاحب الحق فى بيع هذه السلع هو الشريك بالعمل رغم وقوع الفسخ •

الفرع الثانى
استيفاء الديون المستحقة للشركة

٤٠٨ — وهو الاجراء الثانى من اجراءات التصفية • وقد اتفقت مذاهب الفقه الاسلامى على الزام صاحب الحصة بالعمل باستيفاء هذه الديون اذا كان الربح متوقعا • أما اذا لم يكن فى أموال الشركة ربح فقد وجد اتجاهان مختلفان أحدهما لا يرى أن الشريك بالعمل يدخل فى التزامه استيفاء الديون • والآخر يراه ملتزما بذلك ضمن التزامه الأصلى الذى دخل بمقتضاه الشركة •

ونعرض لما يقوله علماء المذاهب لنتبين ما يستندون عليه فيما يرونه فى كل اتجاه بهذا الصدد •

أ — الاتجاه الأول ويمثله الحنفية والزيدية

٤٠٩ — فالحنفية يرون أن الزام صاحب حصة العمل باستيفاء ديون الشركة مشروط بوجود ربح فى أموال الشركة • فاذا لم يكن ربح انتفى الالتزام بهذا الاجراء • ويقول الكاسانى عن ذلك : « واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض ، فان كان فى المال ربح أجبر على التقاضى والقبض ، وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما • لأنه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الأجير، والاجير مجبور على العمل فيما التزم ، وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل ••• غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه ، لأن حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد » [١] •

ويشارك الزيدية الحنفية فيما يذهبون اليه، تمثيلا لهذا الاتجاه[٢] •

ب — الاتجاه الثانى ، ويمثله المالكية والشافعية والحنابلة والامامية •

٤١٠ — فالمالكية يلزمون صاحب الحصة بالعمل باقتضاء الديون فى جميع الأحوال ، أى سواء كان فى المال ربح أو لا • فقد جاء فى المدونة : « فان باع العامل واشترى وقد أذن له رب المال أن يبيع بالنقد وبالنسيئة ، فاشترى وباع حتى صار جميع مال القراض دينا على الناس وفيه وضيعة فقال العامل لرب المال أنا أحيلك عليهم ولا اقتضى ولا أعمل فيه • قال يجبر على ذلك ولا يكون له أن يقول لا أقتضى ولا أقبض ، الا أن يرضى رب المال بالحوالة ، وهو قول مالك • قلت فان كان فيه ربح وقد صار كله دينا فقال لا أقتضيه، أيجبره السلطان على الاقتضاء فى قول مالك ؟ قال نعم ، الا أن يشاء أن يسلم جميع ذلك ويرضى بذلك رب المال » [٣] •

ويقول الباجى : « فان كان المال ديونا باذن رب المال أو عروضا فسلم ذلك المال

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ١١٤ •
(٢) راجع البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٧ •
(٣) جـ ١٢ ص ١٢٩ •

الى رب المـال برضاه ذلك فهو جائز ، قاله ابن القاسم عن مالك فى العتبية وكتاب محمد • وأنكر ذلك سحنون فى العتبية » [1] •

ولعل الذى يفهم من انكار سحنون أنه يرى الزام صاحب الحصة بالعمل دائما باقتضـاء الديون ، ولو قبل رب المـال تسلم أموال المضاربة عروضا أو ديونا على الناس • ولعله فى ذلك كان متأثرا بأن صاحب الحصة بالعمل يجب أن يسلم رأس المـال على الصورة التى عليها •

٤١١ ــ وعند الشافعية يلزم أيضا صاحب الحصة بالعمل باستيفاء الديون ولو لم يكن فى مال شركة المضاربة ربح ، هذا ما لم يرض صاحب حصة رأس المـال باعفاء شريكه من مباشرة هذا الاجراء • وعن ذلك يقول الرملى: « ويلزم العامل الاستيفاء لدين مال القراض وان لم يكن ربح أن طلبه المـالك • وصورة المسألة أن المالك أذن له فى البيع بالدين وشمل كلامه وجوب تقاضى جميع الدين ربحا ورأس مال • وبه صرح ابن أبى عصرون وابن الرفعة وتبعه السبكى ، وفرق بينه وبين التنضيض بأن القـراض مستلزم لشراء العروض والمـالية فيه محققة فاكتفى فيها بتنضيض قدر رأس المـال فقط ••• لأن الدين ناقص وقد أخذ منه ملكا تاما فليرد كما أخذ ولو رضى المـالك بقبـول الحـوالة جاز » ويتضح من هـذا النص التفرقة التى قال بها السبكى بين اجراء بيع العروض وبين اجراء استيفاء الديون ففى الأول اكتفى ببيع السلع فى حدود قدر رأس المال ، ويقف عند ذلك الحد التزامه ، ذلك أنه يمكن الاتفاق على اقتسام بقية السلع باعتبارها ربحا • أما فى حالة استيفاء الديون فقد ألزمه بتقاضى جميع الديون ربحـا ورأس مال أى ما يساويهما ، فلا يجوز له الاكتفاء بتحصيل ما يفى من الديون بقيمة رأس المـال فقط • وبرر ذلك بأن العروض تتحقق فيها المـالية الكاملـة بعكس الديون اذ أن الملكية فيهـا ناقصـة •

ونلاحظ أن الرملى فيما نقلناه عنه قد قيـد استيفاء الديون بطلب صاحب حصـة رأس المال ، وهو ما لم يأخذ به ابن حجر [3] •

٤١٢ ــ والحنـابلة كالشـافعية والمـالكية يلزمون صاحب حصـة العمل بتقاضى الدين سواء ظهر فى المـال ربح،أو تخلف هذا الربح• ويعلل ابن قدامة ذلك بقوله : « ان المضاربة تقتضى رد رأس المـال على صفته والديون لا تجرى مجرى الناض ، فلزمه أن ينضه كما لو ظهر فى المـال ربح وكمـا لو كان رأس المـال عرضا • ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المـال كما قبضه ، وبهذا لا يلزمه بيع العـروض • ولا فرق بين كون الفسـخ من العامل أو رب المـال ، فان اقتضى منه قدر رأس المـال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لأنه يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته • ووصول كل واحد منهما الى حقه منه، ولا يحصل ذلك الا بعد تقاضيه » [4] •

ويتفق الامامية مع الشـافعية والحنـابلة والمالكية فى هذا المسلك [5] •

٤١٣ ــ يتضح من ذلك اتفاق جميع المذاهب

(١) المنتقى ج ٥ ص ١٧٨ •
(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ •

(٣) راجع تحفة المحتاج ج ٢ ص ٤٢٥ •
(٣) المغنى ج ٥ ص ٥٩ •
(٤) راجع مسائل الخـلاف للطـوسى ج ١ ص ٢٤٨ •

اتفاق جميع المذاهب على الزام صاحب حصة العمل باقتضاء الديون للشركة فى الأحوال التى يكون فى أموالها ربح • ثم يحدث الاختلاف بينهم فى الحالة التى لا يظهر فيها ربح ، فيرى الحنفية والزيدية ان هذا الشريك لا يدخل فى التزامه استيفاء الديون • بينما يرى المالكية والشافعية والحنابلة والامامية أنه ملتزم بذلك •

ولعل مرجع هذا الخلاف ، هو اختلاف النظرة الى ما يترتب على انتهاء الشركة من اثار ، فالحنفية يرون ان صفة الشريك تتخلف عن صاحب الحصة بالعمل اذا انتهت الشركة دون تحقيق ارباح • فالشركة انما تتحقق بالنسبة اليه بتحقق الربح ، والربح هو المعقود عليه • فتخلف الربح عند انتهاء الشركة يجعل من صاحب الحصة بالعمل مجرد وكيل عادى لا تربطه بالشركة الا تلك الرابطة التى تحققت برجوع حقوق العقود التى ابرمها اليه • ولذلك اوجبوا عليه أن يحيل صاحب حصة رأس المال بالديون ليتمكن من استيفائها •

فالزامه باقتضاء الديون حينئذ يكون عبئا زائدا يحمل به دون مقابل ، وهذا لا يمنع أن يقوم به دون أن يكون ملتزما به • وقد استعمل الكاسانى فيما نقلناه عنه جملة « لا يجبر » مما يشعر ان اجباره على القيام بهذا الاجراء هو ما يمنع فقط • أما الاتفاق على مباشرة استيفاء الديون سواء كان ذلك بمقابل أو تبرعا، فليس هناك من عائق يمنعه •

أما اذا ظهر الربح فى أموال الشركة ، فان صفته كشريك تكون محققة ، ولذلك يجب عليه ان يقوم باقتضاء الديون • فان امتنع كان لأصحاب حصص رأس المال ان يطالبوا باجباره على القيام باستيفاء الديون •

٤١٤ — أما الرأى الآخر فأصحابه يعتبرون ان صاحب الحصة بالعمل لا تنفك عنه صفة الشريك بانتهاء الشركة ولو لم يظهر فى أموالها ربح • انما تظل له هذه الصفة حتى يتم استيفاء جميع الديون ، لأن ذلك يدخل فى التزاماته كما انه من مقتضيات عقد شركة المضاربة • ويؤسسون رأيهم فى ذلك على ان تخويل صاحب الحصة بالعمل البيع بالاثمان تقتضى رد رأس المال على الصفة التى قبضه صاحب الحصة بالعمل عليها ، فيكون ابقاء هذا المال ديونا على الغير يستوفيه اصحاب حصص رأس المال مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الديون لا تعادل قوة المال العين • وهذا ما عبروا عنه بان الدين ناقص ، وبان الديون لا تجرى مجرى الناض ، فى حين أن صاحب الحصة بالعمل تسلم مالا سائلا تتحقق فيه الملكية الكاملة ، ويريدون بتعبيرهم عن الدين بانه ناقص ، وانه لا يجرى مجرى المال السائل ، ان الملكية فيه غير محققة لأنه قد يستوفى وقد يماطل فى وفائه •

هذا بالاضافة الى ان بقاء صاحب الحصة بالعمل يزاول عمله فى فترة التصفية ، وفى الحدود التى توجبها طبيعة هذه الفترة فيه ضمان لحقوق الشركة ، وضمان لكل صاحب حق لديها • فهذا الشريك هو الذى تعاقد مع الغير ، ولعل كان فى شخصه لدى الغير اعتبار خاص • لذلك فان بقاءه يحقق لدى هذا الغير اطمئنانا • فمن الناس من يرضى معاملة شخص دون شخص آخر ، أو يجد فى معاملته يسرا وسهولة قد لا يراهما لدى غيره • فاستمرار صاحب الحصة بالعمل محملا بحقوق التعاقد يشكل ضمانا نفسيا للدائنين • وقد يقال اننا بصدد ديون مستحقة للشركة ولسنا بصدد ديون للغير مستحقة على الشركة •

ويرد على ذلك ان المعاملات يندر فيها أن يكون لجانب دون آخر الحقوق وعلى جانب دون آخر الديون • فالتبادل واستمرار التعامل يوجب حقا هنا وآخر هناك •

وعلى ذلك يكون فى رأى المالكية ومن اتفق معهم رعاية للضرورات العملية وكفالة لاستقرار التعامل • أما الحنفية والزيدية فقد رأوا ان الزام الشريك صاحب حصة العمل باستيفاء الديون عند عدم تحقق الارباح للشركة ، من شأنه ان يحمله اعباء جديدة تستغرق وقتا آخر يضاف الى ما سبق ان ضاع منه وفقد مقابله • ولذلك رأوا الاكتفاء بان يقوم اصحاب رأس المال باستيفاء هذه الديون بعد ان تتم الحوالة بها •

ومع التسليم بان هذا الشريك قد دخل الشركة وهو يعلم أو على الأقل يتوقع احتمال عدم حصوله على نصيب من الارباح ، فان الذى لا شك فيه ان الشركة تنتهى بالفسخ كما تنتهى بأى سبب من الاسباب المفضية الى انقضائها ، فتدخل فى مرحلة جديدة يمتنع فيها ابتداء أعمال أخرى • بل يقتصر العمل على انهاء ما سبق بدؤه من نشاط •

على ذلك فاجبار هذا الشريك على استيفاء الديون بعد انتهاء الشركة فى الحالات التى لا يظهر فيها ربح ، يكون عملا بعد انتهاء الشركة ودون ان يقابله شىء • وقد يكون انقضاء الشركة قد وقع لأسباب لا يد له فيها كما اذا فسخها شريكه بارادته المنفردة • وقد يستنفد اقتضاء الديون وقتا طويلا لا يستطيع خلاله أن يتفرغ لعمله الخاص ، فيحرم بذلك من كسبه فى الوقت الذى يعمل دون مقابل لحساب الشركاء اصحاب حصص رأس المال • وهذا يؤدى الى الحاق الضرر به •

٤١٥ — لذلك وتوفيقا بين صالح الشركاء اصحاب حصص رأس المال ، وصالح الشريك صاحب الصحة بالعمل فى مباشرة اجراءات استقرار التعامل ورعاية حقوق الغير ، يستمر صاحب الحصة بالعمل فى مباشرة اجراءات التصفية فى الحالات التى لا يكون فيها ربح • على أن يكون عمله مقابلا بأجر • ويتقاضى هذا الاجر بموجب اتفاق يتم بين الشركاء ، بعيدا عن عقد الشركة • أى انه يصير أجيرا بعقد عمل بعد انتهاء عقد الشركة •

على ان ذلك اذا أمكن القول به بناء على ما يذهب اليه الحنفية والزيدية • فانه لايكون مسلما من المذاهب الأخرى التى ترى اجبار صاحب الحصة بالعمل على استيفاء الديون ولو لم يكن فى أموال الشركة ربح • فالقاعدة عندهم ان وفاء هذا الشريك بحصته لا يكون تاما الا بانهاء اجراءات التصفية • الا انهم يعفون مع ذلك ، هذا الشريك من هذه الاعباء اذا قبل اصحاب حصص رأس المال • وهكذا ينتهى الأمر فى هذا الخصوص الى ارادة الشركاء والى ما ينعقد اتفاقهم عليه بحيث يكون لهم التنازل عن الزام هذا الشريك بمباشرة اجراءات التصفية • فكأنهم يضعون القاعدة الأصلية مع اجازة الاتفاق على خلافها • وهكذا يتحلل الشريك بالعمل من هذا الالتزام • وهذا كل ما يمكن الوصول اليه وفقا لاتجاه هذه المذاهب •

ومع ذلك يمكن استخلاص رأى من هذين الاتجاهين المتقابلين بمقتضاه يلزم صاحب الحصة بالعمل باقتضاء الديون فى الحالة التى لا يكون فى أموال الشركة فيها ربح اذا كان الفسخ قد وقع من قبله ، وبارادته لاحتمال انه فعل ذلك قاصدا الى اضرار اصحاب حصص رأس المال • ولا يجبر على ذلك اذا

كان الفسخ قد وقع من قبل أحد اصحاب حصص رأس المال •

المطلب الثانى

فى القانون الوضعى

٤١٦ — لم يضع القانون تنظيما خاصا لدور الحصة بالعمل فى فترة التصفية كما فعل الفقه الاسلامى الذى بين ما يلتزم به صاحب هذه الحصة ومدى التزامه فى هذه الفترة • على أنه يمكن للشركاء أن يتفقوا فيما بينهم على تنظيم هذا الدور • فاذا لم يكن هناك اتفاق خاص خضع هذا الشريك — شأنه كسائر الشركاء — للقواعد العامة التى وردت فى القانون المدنى •

وهذه القواعد لا تطبق الا اذا سكت الشركاء عن تنظيم التصفية ودور القائمين بها • وعلى ذلك قد يكون صاحب الحصة بالعمل مصفيا للشركة بناء على اختيار الشركاء أو القضاء •

واجراءات تصفية الشركات فى القانون الوضعى هى نفس الاجراءات التى جاءت فى الفقه الاسلامى • فمتى انتهت الشركة لأى سبب من الأسباب دخلت دور التصفية ، ولتحديد ما يكون للشركة وما يكون عليها • ويخلص ناتج هذه العملية للشركاء فتجرى قسمته بينهم على أساس مقدار حصصهم فى رأس المال حتى تستوفى هذه الحصص ، فاذا ما زاد شىء بعد ذلك يتم توزيعه على جميع الشركاء ، أما طبقا للنسبة المتفق عليها لتوزيع الأرباح السنوية أو بنسبة حصصهم فى رأس المال اذا تخلف اتفاقهم • وهذا يتطلب انهاء الأعمال القائمة واستيفاء حقوق الشركة وقضاء ما عليها من ديون وكذلك بيع سلعها وموجوداتها •

وقد نظم القانون المدنى فى مواده ٥٣٣ الى ٥٣٧ اجراءات تصفية الشركات • ويطبق ذلك التنظيم على سائر الشركات سواء ما كان منها مدنيا أو تجاريا ، وذلك لسكوت التقنين التجارى عن مثل هذا التنظيم •

ويقضى نص المادة ٥٣٣ بابقاء الشخصية المعنوية للشركة بالقدر الذى تحتاجه التصفية والى أن تنتهى اجراءات هذه التصفية • وامتداد الشخصية المعنوية بهذا القدر لم يستوجب امتداد سلطات المديرين ، فقد رأى الشارع أن ينهى سلطات مديرى الشركة بمجرد حلها•وبذلك تسقط عنهم ولاية التصرف فى أمور الشركة •

وابقاء الشخصية المعنوية للشركة بعد حلها والى أن تنتهى اجراءات تصفيتها ، حكم تقتضيه الاعتبارات العملية • فهو يحمى حقوق الغير الذى تعاقد مع الشركة حيث أنه لولا بقاء هذه الشخصية لحصل كل شريك على نصيبه فى رأس المال فور حل الشركة وهذا يعرض حقوق دائنى الشركة لخطر مزاحمة الدائنين الخصوصيين للشركاء ، وكذلك لخطر مماطلة الشركاء أنفسهم • ويعتبر هذا النص فيما يتصل بالابقاء على الشخصية المعنوية للشركة بالقدر الذى تستوجبه التصفية تقنينا لما جرى عليه الفقه والقضاء من قبل [1] •

ولما كان القانون قد أنهى سلطة المديرين، فكان لزاما أن يعطى سلطة انهاء الأعمال القائمة لغير هؤلاء المديرين • حتى لا تثور العقبات بالنسبة لتصفية الشركة • لذلك جعل الحق فى القيام باجراءات التصفية لجميع الشركاء أو لمن تعينه أغلبيتهم • ويتولى القضاء تعيين

---

(١) راجع الوسيط لمحسن شفيق ج ١ بند ٨٣٤

المصفى اذا لم يستطع الشركاء التوصل الى اتفاق فى هذا الشأن . كذلك يكون للمحكمة دون غيرها الحق فى تعيين المصفى وطريقة التصفية فى حالات بطلان الشركة ، وذلك باعتبار الوجود الفعلى للشركة . أما فى شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية بالأسهم فيكون تعيين المصفى من حق الجمعية العمومية العادية للمساهمين.

على أنه حتى يتم الاتفاق على تعيين المصفى أو تعيينه بواسطة القضاء يعتبر المديرون فى حكم المصفين فى مواجهة الغير (م ٥٣٤ مدنى) ولا يشترط أن يكون المصفى من بين الشركاء.

ثم تتكلم باقى المواد عن الاجراءات التى يتخذها المصفى وسلطاته فى فترة التصفية .

وامتناع أن يبدأ أعمالا جديدة الا اذا كانت لازمة لاتمام أعمال سابقة على التصفية . ثم تتكلم عن قسمة أموال الشركة والقواعد التى تتبع فى ذلك .

٤١٧ — سلطة المصفى :

تختلف سلطة المصفى عن السلطات المخولة لمدير الشركة ، وهذا الاختلاف يتفق وطبيعة اختصاص كل منهما . فبينما يتولى المدير أمور الشركة بغرض الوصول الى أهدافها بنجاح ، ثم الحفاظ على ما يتحقق لها من هذا النجاح . اذا بالمصفى يتولى أمور الشركة ليختتم ما بقى من أعمالها ويطوى صفحتها .

وتحديد اختصاصات المصفى يتضمنه قرار تعيينه . فاذا صدر القرار دون تحديد لهذه الاختصاصات كان للمصفى أن يباشر ماتقتضيه التصفية من أعمال :

فعليه أن يقوم بكل ما من شأنه أن يكفل المحافظة على أموال الشركة ، فيطالب المديرين بتقديم حساباتهم ، ودفاتر الشركة ، وما يكون فى حوزتهم من أموالها . وكذلك يقوم بالاجراءات التحفظية .

وعليه أن يقوم باستيفاء حقوق الشركة لدى الغير ، والتقاضى من أجل الحصول على هذه الحقوق . وكذلك حقوق الشركة لدى الشركاء أنفسهم ، فيطالبهم بتقديم حصصهم أو ما قد يكون باقيا منها دون وفاء . ويقوم كذلك ببيع موجودات الشركة تحويلا لمتلكاتها الى نقود ، وتمكينا له من الوفاء بديونها ، وكذلك تمهيدا لاجراء القسمة بين الشركاء .

والمصفى فيما يقوم به من اجراءات التصفية يعتبر ممثلا للشركة وليس وكيلا عن الشركاء أو الدائنين . وهو بهذه الصفة مسئول قبل الشركة عما يأتيه من أخطاء فى تنفيذ مهمته مسئولية تعاقدية .

وكذلك يسأل قبل الغير — كالدائنين — مسئولية تقصيرية عن الأفعال التى تلحق الاضرار بهم . والمصفى يقوم بعمله فى مقابل أجر ، وتنطبق عليه قواعد الوكالة بأجر .وهو قابل للعزل دائما اذا ما أساء التصرف ويتم عزله بنفس الطريقة التى عين بها ، ومن نفس الجهة التى عينته .

وبانتهاء اجراءات التصفية ، تبدأ القسمة. ويقدم المصفى حسابا للشركاء ينتهى بتوقيعهم عليه كل ما كان متعلقا بالشخص المعنوى الذى لحق بالعدم . ولا يكون للغير بعد ذلك الا أن يرجع على الشركاء شخصيا ، وقد حدد المشرع مدى مسئولية هولاء الشركاء ، حتى لايكونوا خاضعين لوقت غير محدود لمسلك الغير ولذلك

تسقط الدعاوى التى لا ترفع فى خلال خمس سنوات من تاريخ أشهر انقضاء الشركة .

٤١٨ — على أننا نلاحظ على نص المادة ٥٣٣ مدنى فيما جاء به خاصا بسلطة المديرين، أنه أنهاها بمجرد الحل . وكان الأفضل — فيما نرى — ابقاء هذه السلطة وتحديدها بنطاق متطلبات التصفية ، كما فعل بالنسبة للشخصية المعنوية . واعتبار هذا الحكم هو الأصل مع جواز الاتفاق على خلافه . ذلك أن المديرين هم الذين كانت بأيديهم شئون الشركة وأمورها، وهذا يجعلهم أكثر دراية واحاطة بها من غيرهم . ولعل فى ذلك ما ييسر اجراءات التصفية ذاتها، ويجعل مهمتها أكثر سهولة مما لو قام بها غيرهم . لا سيما وان هذا النص يطبق فى حالة تخلف الاتفاق على الأشخاص الذين يقومون بالتصفية .

وقد يقال لعل الشركاء لا يرتضون المديرين كمصفين ، وهذا صحيح . لكن قد يكون هؤلاء المديرون شركاء وحينئذ سيكون لهم الحق فى المشاركة فى أعمال التصفية ، أو على الأقل المشاركة فى اختيار المصفى . وقد يؤدى هذا الى احتدام النزاع ، بدلا من القضاء عليه .

هذا بالاضافة الى أن القانون قد توقع أن لا يتم الاتفاق بين الشركاء على تعيين المصفى، وفى هذه الحالة جعل ذلك من سلطة القضاء بناء على طلب الشركاء . ومراعاة لمصالح الغير ورعاية لصوالح الشركة نصت الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ مدنى على أن المديرين يعتبرون بالنسبة للغير فى حكم المصفين . وعلى ذلك وحتى يتم الاتفاق وقد لا يتم فيرفع الأمر الى القضاء لاختيار المصفى . والى أن تنتهى الاجراءات الخاصة بهذا الاختيار ، سيكون المديرون فى حكم المصفين بالنسبة للغير .

فكأنهم اذن سيزاولون بعض سلطات المصفين فعلا فى الفترة التى تنقضى بين حل الشركة وتعيين المصفين .

وما دام الأمر كذلك ، ألا يكون من الأفضل أن يتولى المديرون العمل فى فترة التصفية مع تحديد سلطاتهم بما تتطلبه التصفية من أعمال. ثم يكون للشركاء الحق فى اختيار غيرهم لهذه المهمة اذا أرادوا وانعقد اتفاقهم ، والا فيرفع الأمر الى القضاء .

ولعله يكون مفهوما أنه فى حالة انتهاء الشركة بسبب عزل المدير الشريك المعين للادارة فى عقد الشركة لا يمكن الا أن تكون التصفية بواسطة أشخاص غيره ، سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم ، ذلك أن عزل هذا المدير يدل — على الأقل — على فقدان الثقة فيه .

٤١٩ — والميزة فيما نقترحه ، أن الأمور تكون سائرة فى الشركة سيرها الطبيعى فى فترة التصفية وكأن الشركة لم تتعرض للحل والانقضاء . ولعل هذا يغلق بابا للنزاع قد يفتحه جعل الحق فى القيام باجراءات التصفية لجميع الشركاء ، أو محاولة تعيين مصف أو أكثر منهم أو من غيرهم . ويوفر على الشركاء الانشغال بأمور قد تضر بمصالحهم .

ولعل القانون قد سار فى ذلك على مقتضى مسلكه فى جعل ادارة الشركة لجميع الشركاء اذا لم يحدد عقد الشركة من يقوم بها . ولكننى أقول أن الوضع يختلف فى فترة التصفية وظروفها عنه فى فترة الحياة العادية للشركة . لا سيما وان فترة التصفية تتسم بالدقة والحساسية مما يحتم الحفاظ على سير الأمور سيرا طبيعيا .

بعد ذلك أقول ان حصة العمل فى شركات

القانونى الوضعى لا يترتب عليها فى هذه الأحوال أكثر مما ترتبه الحصص الأخرى • وعلى هذا فقد يكون الشريك الذى يقدمها مديرا للشركة ، وقد لا يكون كذلك • ولعله ينتدب للتصفية ، باختيار الشركاء أو بتعيين القاضى • وقد لا ينتدب لذلك • وقد سبق القول انه فى شركات التوصية اذا لم يكن هناك شريك متضامن غير صاحب الحصة بالعمل فستكون الادارة من حقه اصلا ، الا اذا عين مديرا للشركة من غير الشركاء ، وذلك لأن الشركاء الموصين ممنوع عليهم أن يتدخلوا فى أعمال الادارة الخارجية •

٤٢٠ — لكن هل يعتبر الشريك الذى قدم عمله موفيا بالتزامه بتقديم حصته عند انتهاء الشركة ؟ •

للاجابة على هذا السؤال نفرق بين وضعين — ذلك ان القانون لم يضع فى هذا الخصوص قاعدة خاصة — الوضع الأول : اذا كانت حصة هذا الشريك عملا متصلا بالادارة الخارجية للشركة • والثانى : اذا كانت حصته عملا غير متصل بالادارة الخارجية ، كالاشراف على مصانع الشركة مثلا •

ففى الفرض الأول — وتطبيقا للقاعدة العامة — يعتبر القانون ان هذا الشريك قد وفى بحصته عند انتهاء الشركة ، ويكون شأنه حينئذ شأن بقية الشركاء اصحاب الحصص الأخرى ، وقد رأينا ان القانون يرتب على حل الشركة انهاء سلطة المديرين • لذلك وباعتبار ان هذا الشريك فى هذا الفرض مديرا تنتهى سلطته ، وبالتالى تكون حصته قد تم الوفاء بها •

ويختلف موقف القانون فى هذا الصدد وموقف الفقه الاسلامى الذى رأى ان الحصة بالعمل اذا كان موضوعها الادارة الخارجية للشركة ، تظل دون الوفاء الكامل حتى تتم التصفية اذا كان فى أموال الشركة ربح • اما اذا لم يكن الربح متوقعا فان الحنفية والزيدية يعتبرون الحصة بالعمل قد تم الوفاء بها بمجرد انتهاء الشركة • وغير هذين المذهبين يرون ان الوفاء بهذه الحصة لا يكتمل الا باتمام الصفية ، ما لم يتفق على خلاف ذلك •

وقد رأينا ان هذا الرأى الأخير يتفق ومقتضيات العمل ، وان رأى الحنفية والزيدية يتضمن التيسير على صاحب الحصة بالعمل • ومن هذين الرأيين خرجنا برأى وسط يطبق بحسب الأحوال وفقا لمسلك هذا الشريك أو غيره من الشركاء بالنسبة لحل الشركة •

أما بالنسبة للفرض الثانى فان الوفاء بهذه الحصة اذا اعتبرناه قد تم بمجرد حل الشركة ، فيتوقف هذا الشريك عن الاستمرار فى العمل ، وهذا قد يحمل الشركة باعباء جديدة كما يثير صعوبات جمة • فعمل هذا الشريك — فى هذا الفرض — عمل فنى تحتاجه الشركة ، وتظل فى حاجة اليه حتى تنتهى اعمالها • لذلك يجب اعتبار الوفاء بهذه الحصة غير تام حتى تنتهى جميع الأعمال التى بدأتها الشركة ولو كان ذلك تاليا لقرار الحل • وعلى هذا لا أرى ان القاعدة التى اوردتها المادة ٤٣٣ مدنى تنطبق على هذا الشريك فى هذا الفرض • لأن عمله ليس من أعمال الادارة الخارجية انما هو اشراف فنى داخلى •

فاذا ما انهى ما فى يديه من أعمال يكون قد وفى بحصته • ويكون — شأنه شأن المصفى — ممنوعا عليه ان يبدأ اعمالا جديدة ما لم تكن ضرورية لانهاء الأعمال القائمة • وأيا

ما كان الامر فان المصفى ستكون له سلطة الادارة والاشراف على ما يقوم به هذا الشريك •

وهكذا قد يمتد تقديم الحصة بالعمل فى الزمن الى ما بعد حل الشركة ، ليستمر فى فترة التصفية ولو لم يكن مقدمها يقوم بأعمال التصفية •

٤٢١ ـ قلنا أن قسمة موجودات الشركة أو أموالها تبدأ بعد أعمال التصفية ، وتوقيع الشركاء على ما يقدمه المصفى من حساب • بعد ذلك يتولى الشركاء اقتسام أموال الشركة وقد ينتدبون أحدهم للقيام باجراء القسمة • كما قد يطلبون الى المصفى القيام بذلك • واقتسام الموجودات يتم على مرحلتين •الأولى تستوفى فيها حصص الشركاء المالية ، فلا يدخل فيها الشريك صاحب الحصة بالعمل حيث أنه لم يقدم مالا ، لأن حصته لا تدخل فى عناصر رأس المال •

أما المرحلة الثانية من مراحل القسمة وهى التى يقتسم فيها ما يزيد على الحصص المالية ، فان الشريك صاحب الحصة بالعمل يدخل فيها فيناله نصيب منها وفقا للنسبة المتفق عليها فى توزيع الأرباح •

الفصل الرابع

النطاق الذى تقدم فيه الحصة بالعمل

٤٢٢ — بعد أن تحددت طبيعة الحصة بالعمل ، ووضحت خصائصها ، وما ترتبه من حقوق لمقدمها وواجبات يلتزم بها فى مختلف الأطوار التى تمر بها الشركة • نبحث النطاق الذى يمكن أن تتقدم فيه هذه الحصة أو بمعنى آخر فى أى الشركات يمكن أن تتقدم ؟

ثار الجدل فيما يختص بهذا النطاق فى فقه القانون ، وقويت المعارضة ضد تقديم هذه الحصة فى شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة •

لكن الأمر كان على خلاف ذلك فى رحاب الفقه الاسلامى ، فقد أجازت الكثرة من مذاهبه وجود هذه الحصة فى شركات الأموال• بحيث يمكن القول أن لاتجاه العام للفقه الاسلامى يجيز دخول الحصة بالعمل فى شركات الأموال •

ونبحث موقف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى مبحث مستقل ، لنخلص الى رأى فى هذا الصدد فى مبحث ثالث •

المبحث الأول
موقف الفقه الاسلامى

٤٢٣ — قد يقال أن الشركات التى قعد الفقه الاسلامى قواعدها — بما فى ذلك شركات الأموال — تدخل جميعا ضمن ما يعرف فى اصطلاح القانون الوضعى بشركات الأشخاص•

وهذه الشركات تقبل بطبيعتها أن يقدم أحد الشركاء أو أكثر حصة عمل يسهم بها فى تحقيق أغراض الشركة • وعلى ذلك فالوضع يختلف فى القانون عنه فى الفقه الاسلامى •

آذ أن شركات الأموال فى القانون لا يجوز أن يسهم أحد الشركاء فيها بعمله •

واذا جازلنا أن نسلم أن الشركات التىنظمها الفقه الاسلامى تدخل ضمن شركات الأشخاص فى اصطلاح القانون ، الا أن هذه الشركات تعتبر الأصل الذى يرد اليه سائر أنواع الشركات الحديثة • ومن القواعد التى وضعها الفقه الاسلامى يمكن أن تستمد النظم التى تسرى على شركات القانون وتستخلص الأسس التى يقوم عليها كيانها وسلامة بنيانها •

فعلى سبيل المثال — كما سبق أن رأينا[1] — فان شركة المضاربة (القراض) يرد اليها بوجه خاص كل من شركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة • ففى هذين النوعين من الشركات تجمع الأموال وتقدم للشركة تنفيذ الأغراضها واستثمارا لهذا المال ، ويقوم على هذا الاستثمار أشخاص آخرون هم المكلفون بالادارة ولو كانوا من بين الشركاء • فتضفى عليهم صفة المضارب حيث أنهم يعملون فى أموال غيرهم من الشركاء •

---

(١) انظر ما سبق بند ٤٨ .

كما أن الفقه الاسلامى وهو يقسم شركاته الى شركات أموال وشركات أعمال ... الخ، قد أقام هذا التقسيم بالنظر الى اعتبارات هامة فى كل قسم من أقسام هذه الشركات .

فشركات الأموال مثلا تقوم على أساس تقديم كل شريك حصة مالية فى رأس المال. فالمال اذن فى هذه الشركات له الاعتبار الأساسى . وهو بذلك يتخذ وضعا يقرب من الوضع الذى يعطيه القانون له فى شركات الأموال القانونية ، حيث تقوم هذه الشركات أساسا على تجميع عنصر رأس المال . ولعل مما يوضح الاعتبار الأساسى للأموال فى هذه الشركات فى الفقه الاسلامى ، أن بعض المذاهب ترى أن توزيع الأرباح يقوم على أساس حصص كل شريك فى رأس المال دون ما نظر الى ما قد يكون قد زاده أحدهم أو بعضهم من عمل ، بل ولو انفرد أحدهم بالعمل فى هذه الشركات فلا شىء له من الربح فى مقابلة هذا العبء الزائد .

وان كان هناك فارق هو أن شركات الأموال القانونية وهى تعطى المال الاعتبار الأول لا تعنى بأشخاص أصحاب هذا المال . فى حين أن الفقه الاسلامى مع جعله الاعتبار الأول للمال ، يعنى أيضا بأصحابه . ولذلك جعل العمل فى الأموال المقدمة من حق جميع الشركاء ، وان أجاز الاتفاق على قصر هذا الحق على بعضهم فقط.فالشركاء يعرف بعضهم بعضا فى شركات الأموال فى الفقه الاسلامى ، اذ أن الاعتبار الشخصى لم يهدر فى تكوينها ، أما فى شركات الأموال فى القانون فيقتصر ذلك على المؤسسين فى شركات المساهمة ، والشركاء المتضامنين فى شركات التوصية بالأسهم . وكذلك اذا كان الفقه الاسلامى لم يبحث مسألة تداول الأسهم ، فان ذلك يرجع الى عدم ظهور الحاجة الى الشركات الكبيرة التى تحتاج الى أموال ضخمة لا تجد سبيلا الى جمعها الا بواسطة الدعوة العامة للاكتتاب ، دون نظر الى أشخاص المكتتبين ، وذلك لتعذر قيام نفر قليل بتقديم كل هذه الأموال . وأياما كان الأمر فمسألة التداول هذه يقبلها الفقه الاسلامى ، لأنها ليست فى حقيقتها سوى عملية حلول شريك محل آخر باتباع وسيلة أكثر يسرا وسهولة وتفى بحاجات العمل ومقتضياته. كما أن مسألة التداول — كما سنرى — لاتقف حائلا دون دخول الحصة بالعمل فى شركات المساهمة ، طالما أن هذه الحصة تؤدى دورها بعيدا عن نطاق تكوين رأس المال .

٤٢٤ — واذا كان للمال الاعتبار الأول فى شركات الأموال الاسلامية ، فان ذلك لم يمنع من أن تضم هذه الشركات — وهى المعقود على المال أصلا — حصص عمل ترتب لأصحابها حقوقا بالاضافة الى تلك التى ترتبها الحصص المالية .

وقد أجاز الحنفية والحنابلة والشيعة الزيدية والامامية تميز حصص العمل فى هذه الشركات ، وذلك باجازتهم التفاضل فى الربح بين الشركاء على أساس من تفاضلهم فى العمل. فالزيادة فى نصيب أحدهم من الربح مقابلة بزيادة فى عمله . فالعمل الزائد الذى يقدمه أحد الشركاء سواء كانت الزيادة كما أو كيفا، كما اذا كانت خبرة ، له مقابل من الربح يتمثل فى نصيب يزيد بقدر هذه الزيادة عن نصيبه فى الربح المستحق بالحصة المالية .

وبذلك نكون بصدد حصة عمل يقدمها الشريك مضافة الى حصته المالية التى سبق أن أسهم بها فى رأس مال الشركة، ومايستتبعها من عمل عادى يقوم به كسائر الشركاء .

وفى ذلك يقول الزيلعى من الحنفية : « وتصح مع التساوى فى المال دون ربحه وعكسه وهو أن يتساويا فى الربح دون المال ومعناه وهو أن يشترطا الأكثر للعامل منهما أو لأكثرهما عملا ... لأن أحدهما قد يكون أهدى وأحذق فى التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كى لا تتعطل مصالحهم ... ولأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود العمل والمال منهما . فقلنا جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة . ولا تبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا بالشركة ، يحققه ان كلا منهما يعمل فى مال صاحبه وفى مال نفسه . وعمله فى مال صاحبه بأجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة »[1] .

٤٢٥ — من هذا يتضح أن الخبرة الزائدة والكفاءة التى يتفوق بهما أحد الشركاء عن بقيتهم يجوز أن يقابلها جزء زائد من الربح ، وكذلك اذا انفرد أحد الشركاء بالعمل والتصرف دون الآخرين ، وهذا هو معنى حصة العمل ، اذ هى عمل يؤدى أو خبرة تقدم فى مقابلة نصيب من الربح .

وتأكيدا لوجود الحصة بالعمل فى شركة الأموال استشهد الزيلعى بشركة المضاربة حيث أنها الشركة التى تجمع — بحسب الأصل — بين المال والعمل . والعمل فيها يكون فى مال الغير أى فى الأموال التى قدمها الشركاء الآخرون كحصص لهم فى رأس مال الشركة .

ونفس المعنى يذكره ابن قدامة الحنبلى فى قوله : «ان العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد . وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل . فجاز أن يشترط زيادة فى الربح فى مقابلة عمله كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب »[2] .

وفى كلام ابن قدامه اشارة الى القاعدة العامة وهى أن الربح يستحق بالعمل ، وليس بالمال فقط . فالتفاضل فى الربح بين الشركاء فى شركة الأموال هو من تطبيقات هذه القاعدة.

وبذلك نكون بصدد حصة عمل كتلك التى تقدم فى شركة المضاربة . كما استشهد هو أيضا بعمل المضارب فى شركة المضاربة وبحالة المضاربين اللذين يعملان فى شركة واحدة ، ويشترط لكل منهما نصيب من الربح يغاير نصيب الآخر .

والعاملى من الامامية يقول بعد أن يورد أقوال علماء المذهب فى هذه الخصوصية : « لكن الربح فى مقابلة عمل ، فيكون العقد شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا معا وشرطت الزيادة لمن زاد فى العمل ، أما مع تساوى المالين وزيادة عمله أو مع نقصان ماله مع تساويهما فى العمل أو زيادته بطريق أولى .وفى شرح الارشاد :الاجماع على الصحة فيما اذا كان لمن شرط له الفضل زيادة عمل .. فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال ... »[3] وهذا القول يؤكد أيضا وجود حصة العمل فى شركة الأموال حيث يعبر عن ذلك بأن العقد يكون شركة وقراضا . على أنه لا يفهم من ذلك أن العقد يتجزأ الى جزأين أحدهما الشركة والآخر

---

(١) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٣١٨ ..

(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٧ .

(٣)مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٠٣ .

القراض . انما المقصــود هو تضمن الشركة لـما يوجد فى القراض من حصة عمل تقـابل بحصــة من الربح . وهــذا يتضح من ذكر القــاعدة التى تنص على أن العمــل متقوم بالمال . ونجد مثل هذا المعنى عند الزيدية[1] .

أما ابن حزم الظاهرى فيسلك مسلكا يتفق مع مذهبه فى أن الربح يقدر بقدر المــال ، فهو لا يرى الاتفاق على التفاضــل فى الربح بين الشركاء جائزا . ومع ذلك فهو لا يهدر العمل الزائد ، بل يجعل له مقابلا فى صورة أجـر المثل ، فيقول : « فان عمل أحدهما أكثر من الآخر أو عمل وحده متطوعا بغير شرط فذلك جائز ، فان أبى أن يتطوع بذلك فليس لــه الا أجر مثله فى ذلك العمــل »[2] . والذى يتضح هنا أن العمل الزائد صار مقدرا بأجر المثل ، ويكون الشريك بذلك أجيرا فيما قــدم من عمل زائد . ومما لا شك فيه أن جعل المقابل جزءا من الربح ، يتفق وطبيعة عقــد الشركة ومقتضياته ، بدلا من الجمع بين صفتى الشريك والأجير فى وقت واحد ، وأن كان على عملين مختلفين . وهذا مما قد يترتب عليه أن يمزق عقد الشركة ، حيث يخضــع الشريك لقواعد مختلفة فى علاقته بالشركة . وقــد تتداخل الأعمــال وتختلط ، فيشـجر النزاع بالنسبة للقواعد واجبة التطبيق . وهذا نفس ما سبق توجيهه الى قواعد القانون من نقد ، حيث أنه يســمح للشريك أن يكون فى ذات الوقت مديرا بأجر ، فيصير بالنسبة لهــذا العمل أجيرا .

٤٢٦ ــ وقد خالف الشافعية والمــالكية فى كل ذلك ، فهم لا يجعلون للزائد من العمل أى مقابل ولو تضمن عقد الشركة شرط التفاوت فى الربح فسد وحينئذ يرجع كل شريك بأجرة عمله فى مال شريكه . وأساس هذا الرأى أن الربح فى شركة الأمــوال تابع لرأس المــال وحده . كما أن المــالكية صرحوا بعدم جواز اجتماع الشركة والقراض . ويقول الرملى من الشافعية عن ذلك : « والربح والخسران على قدر المــالين ... لا بقدر العمل ... تساويا أى الشريكان فى العمل أو تفاوتا فيه .... فان شرطا خلافه ... كأن شرطا تساوى الربح والخسران مع تفاضل المــالين أو عكسه فسد العقد لمنافاته لوضــع الشركة فيرجع كل على الآخر بأجرة عمله فى ماله أى مال الآخر ، كالقراض اذا فسد . وقد يقع التقاص »[3] .

وللمالكية ما يقوله ابن جزيىء : « ويجب فى شركة رؤوس الأموال أن يكون بينهما على حسب نصيب كل واحد منهما من المــال ، ولا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من نصيب المال »[4] . وماجاء فى الادونة من أن « هذه الشركة فاسدة عند مالك . قلت فان عملا على هذه الشركة وربحا ، قال قد أخبرتك أن الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما عند مالك . ويكون للقليل الرأس مال على صــاحبه من الأجر بحال ما وصفت لك ... (ثم يقول فى موضع آخر) ... ولا يجتمع أيضا عند مالك شركة وقراض »[5] .

٤٢٧ ــ ونناقش فيمــا يلى رأى هــذين المذهبين :

أولا ــ اذا كان الربح نماء المــال ، فان المــال لا ينمو دون تحريك واستثمار . فلابد

---

(١) راجع البحر الزخار ج ٤ ص ٩٢ .
(٢) المحلى ج ٨ ص ١٢٥ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٨ ــ ٩ .
(٤) القوانين الفقهية ص ٢٧٣ .
(٥) ج ١٢ ص ٥٩ و ٦١ .

اذن من عمل يحرك به هذا المال للتنمية • وبذلك يكون العمل هو سبب زيادة المال ونمائه • فالمال والعمل مصدران للربح وهذا ما يسلم به هذان المذهبان بالنسبة لعقد المضاربة • بل أن المالكية قد سلموا بذلك أيضا وجمعوا بين الشركة والقراض ، عندما جعلوا المضارب شريكا بالسلعة المشتراه للقراض بأكثر من رأس ماله ، فصاحب حصة العمل اذن يصير شريكا بقيمة هذه الزيادة سواء كانت دينا فى الذمة أو عينا • ويترتب على ذلك أن يكون لكل من صاحب حصة رأس المال وصاحب حصة العمل نصيب فى المال، ويكون لصاحب حصة العمل نصيب من الربح فى مقابلة عمله — وهو المتفق عليه أصلا — ونصيب آخر فى مقابلة ما شارك به •

أما صاحب حصة رأس المال فلا يكون له الا ما سبق الاتفاق عليه من نسبة فى الربح فى مقابلة رأس ماله • وبذلك تتحقق النتيجة التى منعوها ابتداء • وهى اجتماع الشركة والقراض • أى اجتماع حصص العمل مع حصص رأس المال • ولعل تصورهم أن ذلك يعتبر عقدين فى عقد واحد هو الذى أدى الى المنع • مع أن الحقيقة أنهما ليسا كذلك لأن الأموال هنا فى أيدى الجميع ، وفى القراض تكون فى يد الشريك بالعمل وحده • فكل ما هنالك هو عدم اهدار ما يكون لأحد الشركاء من تفوق فى القدرة أو الخبرة يتفاضل به على غيره من الشركاء •

ثانيا : ان التكافؤ فى مقدار المال الذى يقدم حصة فى رأس مال الشركة يمكن تحققه • أما التكافؤ فى العمل — كما وكيفا — فقد لا يكون فى الامكان تحققه • فالأشخاص يختلفون فى قدراتهم وخبراتهم ، وتتفاوت كفاءتهم فى أداء العمل • فاذا تحقق هذا التفاوت فيجب أن تتفاوت أنصبتهم من الربح، كنتيجة طبيعية للتفاوت فى الأداء •

واذا ساوينا بين الشركاء رغم تفاوتهم فى المقدرة والخبرة فقد يترتب على ذلك تراخ فى الأداء ، أو الأحجام كلية عن المشاركة مما يؤدى الى تعطيل التعامل بعقود أراد الشارع بها تحقيق مصالح الناس •

٤٢٨ — وأيا ما كان الأمر فالأكثرية على اجازة الحصة بالعمل فى شركة الأموال ، وهى تتمثل فى العمل الزائد الذى يقوم به أحد الشركاء •

على أنه يجب ملاحظة أن شركة الأموال التى يجوز فيها هذا التفاضل فى العمل هى شركة العنان ، دون شركة الأموال التى تتخذ شكل المفاوضة ، اذ يشترط فيها المساواة فى كل ما يقدم وفى كل شرائطها ، وما ينتج عنها • وقد سبق أن رأينا أن شركة المفاوضة غالبا ما يكون مصيرها التحول الى شركة العنان [1] • حيث أن التساوى ليس فقط شرط ابتداء بل هو أيضا شرط بقاء • فاذا فقدت المساواة بين الشركاء فى أى فترة من حياة الشركة صارت عنانا •

وعلى ذلك فالتفاضل فى العمل وبالتالى فى شرط الربح يحيل شركة المفاوضة الى شركة العنان •

نخلص من ذلك الى القول بأن الفقه الاسلامى — آخذا برأى الأكثرية — بقبول وجود حصص العمل فى شركات الأموال •

---

(١) انظر ما سبق بند ١٤ .

المبحث الثانى
موقف القانون الوضعى

٤٢٩ ـ اذا كان هذا هو موقف الفقه الاسلامى، فان الأمر لدى القانون الوضعى وفقهائه يختلف تماما •

فبالنسبة للقانون المصرى نجد أنه لم يردبه نص يحدد أن الشركات يمكن أن تكون حصة العمل احدى الحصص التى تتكون منها • انما جاءت نصوصه عامة دون تخصيص ، تتكلم عن جواز ان تكون الحصة مالا أو عملا • وهذه النصوص تضمنها القانون المدنى ، فى حين لم يرد فى التقنين التجارى نص يفيد التحديد أو يرجح التخصيص •

وكذلك صدرت قوانين خاصة بالشركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة،

ولم يرد بها ذكر ما يتعلق بحصص العمل• وقد ترتب على ذلك ان اختلف الشراح بالنسبة لشركات الأشخاص ، فيما يتعلق بالشريك الموصى وهل يصح انيقدم حصته عملا أم لا • أما بالنسبة للشركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة فيكاد ينعقد اجماعهم على رفض دخول حصص العمل فى هذه الشركات •

ونبحث هذا الموقف فى كل من شركات الاشخاص وشركات المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة فى المطلبين التاليين • ونعرض للفقه الفرنسى فى مطلب ثالث •

المطلب الاول
الحصة بالعمل فى شركات الأشخاص

٤٣٠ ـ اتفق شراح القانون ـ من حيث المبدأ ـ على قبول الحصة بالعمل فى شركات الاشخاص ، فهذه الحصة لها الصفة الشخصية وبذلك تتفق وطبيعة شركات الأشخاص ، وهى تقوم على الاعتبار الشخصى وتتميز فيها الصفة الشخصية •

على ان قبول شراح القانون لهذه الحصة فى شركات الاشخاص لم يكن مطلقا ، بل قيده البعض بان لا يكون مقدمها شريكا موصيا • لانه محظور عليه ان يتدخل فى ادارة الشركة• وعلى ذلك « يجوز ان تكون حصة الشريك الموصى عينا منقولة أو عقارية وانما لا يجوز اطلاقا ان تكون عملا ، اذ يترتب على ذلك تدخله فى ادارة الشركة وهو مقصى عنها قانونا •• » [1] •

بل ان هذا هو ما ذهبت اليه محكمة النقض فى حكم لها اذ قضت بان الشريك الموصى فى شركة التوصية يجب ان يسهم فيها بنصيب فى رأس المال ومحظور عليه ان يتدخل فى ادارة الشركة ، فلا يمكن ا نيكون شريكا موصيا بمجرد عمله ••• [2] •

الحقيقة ان الشريك الموصى ممنوع من التدخل فى أعمال ادارة الشركة بنص القانون (م ٢٨ تجارى) ولما كان المقصود من هذا المنع حماية الغير الذين يتعاملون مع الشركة، فقد اقتصر هذا المنع على أعمال الادارة الخارجية التى تقتضى التعامل باسم الشركة مع الغير • أما ما دون ذلك من أعمال الادارة وهو ما يعرف بأعمال الادارة الداخلية ، فيجوز للشريك الموصى ان يقوم بها • وذلك لان

---

(١) محسن شفيق ، الوسيط ج ١ بند ٣٤٤، ملش بند ١٢٤ . قارن عكس ذلك ، على العريف، القانون التجارى (١٩٥٩) ج ١ بند ٢٥٣ .

(٢) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ ، القضية ١١٧ لسنة ٢٠ ق . موسوعة القضاء فى المواد التجارية بند ١٣٦٨ .

علة المنع ليست متحققة فيها اذ لا اتصال بالغير ولا تعاقد معه ، وبالتالى لا سبيل الى وقوع هذا الغير فى خطأ تقدير مركز الشريك الموصى .

ليس هذا فحسب بل انهم أجازوا للشريك الموصى ان يتولى وظيفة من وظائف الشركة الادارية أو الفنية ، فيجوز ان يشغل هذا الشريك وظيفة مهندس أو محاسب أو مدير فنى لادارة المصانع [1] . فلماذا اذن لايكون أداء مثل هذه الوظائف عنطريق الاسهام بحصص عمل .

فاذا كان نطاق المنع من مباشرة أعمال الادارة يضيق حتى يقتصر على التعامل مع الغير . وكان القائلون بعدم جواز ان تكون حصة الشريك الموصى عملا يستندون الى هذا المنع ، وجب ان يتحدد عدم الجواز بنطاق المنع . وهذا ما يقتضيه منطق هذا الرأى . ومع ذلك فان هؤلاء الشراح يجعلون عدم أجازة تقديم الشريك الموصى عمله كحصة له فى الشركة مطلقا .

٤٣١ — على ان ما أراه هو أنه لا يوجد ما يمنع من ان يقدم الشريك الموصى حصته عملا ، طالما ان هذا العمل سيكون مقصوراعلى أعمال الادارة الداخلية كالاشراف الفنى على المصنع التابع للشركة مثلا أو الاشراف على أى قسم من أقسامها .

ولا يقدح فى هذا ان القانون قد أطلق على الشركاء الموصين وصف أصحاب الأموال فان ذلك قد ينطبق عليهم بحسب الاصل ، حيث أنهم يقدمون أموالهم . ومع ذلك فان هذه التسمية محل نقد من بعض الشراح ، حيث يرون انه لا يجب ان تؤخذ هذه التسمية بحرفيتها ، لان الموصين ليسوا مجرد أصحاب أو أرباب أموال أو مقرضين أو دائنين للشركة بل هم شركاء فيها [2] . وقد نجد فيما قيل من بعض الشراح بهذا الصدد مؤيدا لما ذهبت اليه حيث يذهبون الى أنه لا يمكن ان تكون حصة الشريك الموصى عملا يتعلق بادارة الشركة حتى لا يختلط الامر على الغير فيعتقد ان الشريك الموصى شريك متضامن ويتعامل معه على هذا الاعتبار [3] . فهذا الرأى قد قصر عدم جواز ان تكون حصة الشريك الموصى عملا على العمل الذى يتصل بالادارة الخارجية مما يفهم منه جواز ان تكون حصة هذا الشريك عملا من أعمال الادارة الداخلية.

وكذلك نجد تأييدا لما نذهب اليه قول القلة من الشراح الذين ينكرون على الأغلبية انكارهم جواز تقديم الموصى حصته عملا ، ويردون عليهم بان المقصود بالادارة هو تمثيل الشركة فى التعاقد والتقاضى وعلى العموم علاقة الشركة بالغير بعكس مجرد العمل بعيدا عن هذه المظاهر ، كملاحظة الالات وفحص الدفاتر والحسابات [4] .

هذا عن الموقف فى شركات الاشخاص ، والذى ننتهى اليه هو جواز تقديمجميع الشركاء فى شركات الأشخاص بنوعيها — أى شركات التضامن والتوصية البسيطة — حصصهم عملا . على أن يكون موضوع هذه الحصص اذا كان مقدمها شريكا موصيا عملا من أعمال الادارة الداخلية [5] .

---

(١) الوسيط لمحسن شفيق ج ١ بند ٣٥٥ ، مصطفى طه ص ٣٠٠ ، ملش بند ١٢٩ ، البارودى ج ١ بند ١٨٢ ، محمد حسنى عباس بند ١٣٦ .

(٢) مصطفى طه ص ٢٧٣ .

(٣) على يونس ، الشركات التجارية بند ١٨٥ .

(٤) على العريف ، القانون التجارى (١٩٥٩) ج ١ بند ٢٥٤ .

(٥) لم نذكر شركة المحاصة ، لانها شركات غير ظاهرة الا فيما بين الشركاء فقط .

المطلب الثانى

الحصة بالعمل فى شركات المساهمة والشركة ذات المسئولية

٤٣٢ — رأينا فيما سبق موقف القانون وشراحه من دخول حصص العمل فى شركات الأشخاص ، واذا كانت كلمة الشراح قداتفقت على جواز ان تكون حصة الشريك المتضامن عملا ، فقد اختلفوا بصدد حصة الشريك الموصى • وقد خلصنا — استنادا على علة الحظر الواقع على الشركاء الموصين من التدخل فى الادارة — الى جواز ان تكون حصةالشريك الموصى عملابعيدا عنأعمال الادارةالخارجية•

أما بالنسبة لشركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة فقد كادت كلمتهم ان تجتمع على رفض دخول حصص العمل هذه الشركات •

وقد اختلفت وسائلهم فى اعلان هذا الرفض فمنهم من يقصر كلامه عن ذلك العمل الذى يؤدى للشركة فى فترة التأسيس • ولا شك ان هذا العمل لا يمكن اعتباره حصة تدخل هذا تكوين الشركة ، انما هو مجرد خدمة • ويرون ان مقابل هذا العمل لايكون الا بمنح من يقوم به حصص تأسيس • لكن لما كان اصدار هذه الحصص قد قيد بحيث لا يجوز منحها فى مقابل العمل • « فان الطريقة القانونية الوحيدة لجزاء من قام بعمل هو منحه مبلغا من النقود يحتسب فى نفقات تأسيس الشركة » [١] •

والبعض الآخر يبدى رأيه فى الرفض ضمنا عندما يتكلم عن تقويم الحصص العينية ودخولها فى تكوين رأس المال مع الحصص النقدية ، « أما العمل فلا يجوز تمثيله بحصص أو اسهم عينيه تكون جزءا من رأس المال أو ما يسمى بالاسهم الصناعية • وذلك لان رأس مال شركة المساهمة يجب ان يتكون من أموال قابلة للتقويم بالنقود ويجوز الحجز عليها ، اذ هو الضمان العام لدائنى الشركة • فى حين ان الحصة بالعمل لا يمكن تقويمها بالنقود ولا يجوز الحجز عليها ولا تعتبر ضمانا لدائنى الشركة • هذا الى ان الحصص العينية يجب الوفاء بها بالكامل عند تأسيس الشركة، أما الحصة بالعمل فلا يتصور الا الوفاء المتعاقب بها يوما فيوما مما لا يمكن معه مكافأتها بأسهم عينيه » [٢] •

ويصرح غيرهم بعدم جواز ان تكون حصة الشريك فىهذه الشركات عملا لانه « لما كان رأس مال الشركة هو الضمان العام للدائنين فانه من غير الجائز ان تتركب حصص الشركاء من العمل الذى يقوم به كل منهم كما لا يجوز ان تكون حصة الشريك فى شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة مجرد عمله » [٣] •

وقد يأتى الرفض صراحة ودون ذكر المبررات بصدد الكلام عن بعض أحكام الحصة بالعمل فان « من قدم عملا — وهو حكم خاص بشركات الأشخاص — فانه يسترد حريته فى العمل بعد أن زالت الشركة » [٤] • ونلاحظ على هذا الرأى انه يخصص عموم نص المادة

(١) محمد صالح ، الشركات المساهمة بند ٤٢٥ ، على يونس ، النظام القانونى بند ٣٩ • محسن شفيق — الوسيط ج ١ هامش ١ ص ٤١٠•

(٢) مصطفى طه هامش ١ ص ٣٧٣ ، ملش هامش ١ ص ٣٧٣ • ملش هامش ١ ص ٢٤٥، محمد حسنى عباس بند ٢٤ ، محمود الشرقاوى بند ١٥٨ •

(٣) على يونس بند ٢٨ •

(٤) فريد مشرقى ج ١ ص ٣٦٦ •

٥٠٥ مدنى بقصر تقديم الحصة بالعمل على شركات الاشخاص ، دون مخصص .

وهناك مبررات أخرى تساق لرفض هذه الحصص فى شركات المساهمة تؤسس على ان « الصفة الشخصية لهذه الحصة تتعارض مع الشركة المساهمة التى تعتبر من شركات الأموال . كما ان العرف يتعارض مع تقويم هذه الحصة بالنقود حيث جرت العادة فى شركات الأشخاص على الاكتفاء بتحديدنصيب صاحبها فى الارباح بنسبة معينة ويضاف الى ذلك ان فىالحياة العملية بمصر لا توجد شركة مساهمة واحدة يشتمل رأس مالها على حصة عمل . ولذلك فان سكوت القانون رغما عن اسهابه بخصوص الاسهم العينية والنقدية فى الشركة المساهمة يعتبر دليلا على احترامه للعرف الموجود . والخلاصة لا محل لقبول حصة العمل بالشركة المساهمة » [1] .

٤٣٣ — هذه هى المبررات التى يستند اليها الشراح المصريون فى رفضهم دخول حصص العمل فى تكوين شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة . ويتضح ان الرأى الذى يجعل مقابل هذه الحصص مبالغ من النقود بعد استحالة مكافأتها بحصص تأسيس، انما يقصد العمل الذى يؤديه أحد المؤسسين عند تأسيس الشركة ، فهو عمل لا يمتد الى ما بعد فترة التأسيس . ولذلك لا يمكن انعتبره عملا مكونا لحصة . اذ ان هذه الحصة تتكون من عمل يؤدى بصفة مستمرة طوال فترة حياة الشركة ، ويكون مقابل هذا العمل نصيبا فى أرباح الشركة . ولما لم يتكلم أصحاب هذا الرأى عن العمل المكون للحصة ، فانه يفهم من ذلك أنهم لم يتصوروا وجود العمل الا فى فترة التأسيس وبالتالى يمكن القول أنهم لا يرون دخول هذه الحصص فى تكوين شركات المساهمة أو ذات المسئولية المحدودة .

ونناقش فيما يلى الآراء الاخرى فيما جاءت به من أسانيد ومبررات .

٤٣٤ — **أولا** : رأس مال شركة المساهمة وعدم قابلية حصة العمل للتقويم النقدى ، وكيفية الوفاء بها .

رأس مال شركة المساهمة كرأس مال أى شركة أخرى لا يتكون الا من أموال نقدية أو عينية ، ولذلك لا يدخله حصص العمل . لان هذه الحصص ان كانت ذات قيمة مالية الا أنها لا تضيف شيئا ماديا الى رأس المال فيزداد به . وفى ذلك نسلم بما يقوله الشراح فيما يتعلق بتكوين رأس مال شركة المساهمة.

أما عن عدم قابلية الحصة بالعمل للتقويم النقدى ، فقد سبق ان رأينا ان هذه الحصة قابلة لهذا التقويم . [2] كما رأينا ان القانون المدنى وضع المعيار الموضوعى العادل لذلك ، وهو معيار الفائدة التى تعود على الشركة من جراء هذه الحصة .

وليس معنى القول بقابلية الحصة بالعمل للتقويم النقدى انها تدخل فى تكوين رأس المال . فقد سبق ان قلنا ان رأس المال لا يتكون الا من الحصص المالية . وليس شرطا ان يكون كل ما يقدم للشركة داخلا فى تكوين رأس مالها . ولدينا على سبيل المثال حصص التأسيس .

فالشركة — أى شركة — كما تحتاج الى المال تحتاج أيضا الى العمل . فالمال يؤدى

---

(١) على العريف القانون التجارى (ملحق ١٩٥٥) ص ١٣٥ .

(٢) انظر ما سبق بند ٢١٦ وما بعده .

دوره فى تمويل المشروع وفى ضمان الدائنين، والعمل يقوم بدوره فى تحريك المال واستثماره، بعيدا عن نطاق تكوين رأس المال .

وليس بالضرورة ان يكون العمل دائما فى وضع التابع للمال أو الخادم له ، انما هما يتعاونان معا لنجاح المشروع . لذلك فتكوين الشركة شيء وتكوين رأس المال شيء آخر . فالمال والعمل يكونان الشركة ، والمال وحده يكون رأس مالها . ويترتب على ذلك اقتصار حق العمل على نصيب من أرباح الشركة ، وفى المشاركة فى اقتسام فائض موجودات الشركة بعد استيفاء أصحاب حصص رأس المال قيمة حصصهم ، هذا بالاضافة الى الحق فى الادارة الذى يخول لجميع الشركاء .

٤٣٥ — وقد يقال اذا كانت الحصة بالعمل لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة ، فما فائدة هذا التقويم اذن ، وبالتالى ما فائدة الجدل حول قابلية هذه الحصة للتقويم النقدى أو عدم قابليتها له ؟

والرد على ذلك ، ان التقويم لم يكن ليقصد به ادخال حصة العمل فى تكوين رأس مال الشركة ، اذ ان طبيعتها تأباه ، ودورها يؤدى خارج نطاق رأس المال . انما المقصود من تقويم هذه الحصص هو تسهيل كل الاتفاقات الخاصة بحصة العمل : من حيث نسب الربح والاوقات التى يؤدى فيها العمل، والقيود التى ترد على حرية مقدم هذه الحصة فى مزاولة أعمال لحسابه الخاص أو لحساب الغير .. الخ .

هذا بالاضافة الى فائدة عملية أخرى بالنسبة للغير ، وذلك اذا تضمنت بيانات عقد الشركة التى تعلن وتشهر ، قيمة حصص العمل الداخلة فى تكوين الشركة . فيتمكن الغير من معرفة الحقوق المترتبة على أرباح الشركة زيادة على حق رأس المال . وبذلك تتوفر حماية للدائنين ، اذ يقبلون للتعامل مع الشركة وهم على علم تام بأحوالها والتزاماتها .

أما عدم امكان الوفاء الفورى بحصة العمل، فهذا صحيح مسلم به . فلا يتصور مثل هذا الوفاء لهذه الحصة ، فهى تؤدى على التعاقب طوال حياة الشركة . على ان هذا الوفاء الفورى قد اشترطه القانون بالنسبة للحصص العينية فقط . لذلك فلا سبيل الى اشتراطه بالنسبة لحصص العمل ، طالما انها لا تدخل فى تكوين رأس المال . ولسنا نقول بتمثيل هذه الحصص بأسهم عينية .

٤٣٦ — ثانيا : الصفة الشخصية لحصة العمل وتعارضها مع شركة المساهمة اذا كانا نسلم بالصفة الشخصية للحصة بالعمل حيث يظل أداء العمل موضوع الحصة مرتبطا بشخص مقدمها ومرهونا باستطاعته هذا الأداء . وقد تتأثر الشركة بمرض هذا الشريك أو وفاته وكذلك ما يعترى أهليته من عوارض . الا أننا لا نسلم بالتعارض المقول به . وذلك لأنه اذا كانت شركة المساهمة لا تقوم على الاعتبار الشخصى ، وان الاموال هى ذات الاعتبار الهام دون أشخاص أصحاب هذه الاموال ، وبالتالى لا تتأثر بالصفة الشخصية . الا ان هذه الشركة ليست مبرأة تماما من الاعتبار الشخصى أو الصفة الشخصية .

فتكوينها يبدأ بوجود الشركاء المؤسسين ، وهؤلاء يراعى فيهم الاعتبار الشخصى . فالتقاؤهم لتكوين الشركة المساهمة يقوم على هذا الأساس ، والا ما كان هذا اللقاء . واذا وجد الاعتبار الشخصى من ناحية ، وبالتالى

الصفة الشخصية لما يقومون به من أعمال من ناحية أخرى ، الى أن تجتمع الجمعية العمومية للمساهمين ، ثبت ان شركة المساهمة لا تخلو ولو لفترة محدودة من الاعتبار الشخصى والصفة الشخصية ، هذه الفترة هى فترة التأسيس • اذ يعمل المؤسسون على مسئوليتهم الخاصة ويتضامنون فى المسئولية المترتبة على أخطائهم • ونلمح الاعتبار الشخصى والصفة الشخصية فيما يراه البعض من ان عدد المؤسسين اذا نقص عن سبعة — وهو العدد الذى اشترط القانون ان لا يقل عنه عدد هؤلاء — ترتب على ذلك النقص انقضاء الشركة [1] •

هذا بالاضافة الى أن تأسيس شركة المساهمة يعتبر عند البعض « عملا تجاريا ولذلك تحصل مقاضاة المؤسس امام المحاكم التجارية عن الالتزامات التى تترتب فى ذمته بصدد أعمال التأسيس كما يخضع بصفة عامة لتطبيق القواعد الخاصة بالالتزامات التجارية » [2] مؤدى هذا القول ان المؤسس يكتسب صفة التاجر ، حيث أنه يتطلب فيه ما يشترط فى التاجر ، وهذا ما لا يكون أصلا بالنسبة للمساهمين فى شركة المساهمة • ولذلك نرى ان المؤسس فى شركة المساهمة يقترب وضعه من وضع الشريك المتضامن فى شركة الاشخاص ، من حيث اكتساب صفة التاجر ومن حيث انقضاء الشركة اذا نقص عدد المؤسسين عن سبعة — خلال فترة التأسيس — وقد يحدث ذلك بالانسحاب أو الوفاة كما قد يحدث نتيجة لنقص أهلية أحدهم أو فقدها ، كما قد يحدث باشهار افلاس واحد منهم • ولعلنا نلاحظ ان ذلك هو عين ما تنقضى به شركات الاشخاص • وقد سبق ان رأينا ان القانون — قاصدا الى حماية المساهمين — قد حظر تداول اسهم الحصص العينية والاسهم التى يكتتب فيها المؤسسون وكذلك حصص التأسيس فى الفترة السابقة على نشر الميزانية عن سنتين كاملتين من تاريخ صدور القرار الجمهورى المرخص فى انشاء الشركة •

ولعل هذا يؤكد المسئولية الشخصية للمؤسسين وكذلك لحملة الاسهم العينية عن سلامة مركز الشركة ، حتى أنه يجبرهم على عدم الخروج من الشركة مدة سنتين كاملتين •

٤٣٧ — هذا بالاضافة الى ان الحصص الاخرى منها مالا يبتعد عن الصفة الشخصية ، وهى الحصص العينية سواء ما قدم منها على سبيل التمليك أو على سبيل الانتفاع • ولا يمنع من تحقق هذه الصفة فورية الوفاء بها اذ يظل مقدموها ملتزمين بالضمان : ضمان العيوب ، وضمان الاستحقاق ، وكذلك التمكين من الانتفاع بمنع للتعرض ، والقيام بالاصلاحات الضرورية • وهى التزامات يلتزم بها هؤلاء الشركاء وتستوجب تدخلهم الشخصى وفقا لاحكام عقدى البيع أو الايجار حسب الاحوال •

فقد تستحق العين موضوع الحصة ولا يستطيع مقدمها ان يقدم بدلها ، فيصير حق الشركة الى التعويض — وذلك اذا كانت الحصة مقدمة على سبيل التمليك — وهذا لا يتصور ان يتم اتفاقا • انما الامر مآله الى القضاء ليتولى تقدير هذا التعويض بالمراعاة لكافة الظروف ، وهذا بلا شك يؤدى الى تحمل الشركة آثارا خطيرة قد تفضى الى انهائها •

أما عن ضمان العيوب وكذلك التمكين من الانتفاع بمنع التعرض والقيام بالصيانة

---

(١) مصطفى طه ص ٣٦٨ ، قارن عكس ذلك على يونس ، النظام القانونى بند ٢٨ .
(٢) على يونس ، النظام القانونى بند ٢٧ .

الضرورية ، وهذا ما يلتزم به مقدم حصة الانتفاع ، فهى تستوجب التدخل المستمر للشريك كلما لزم ذلك فى خلال فترة حياة الشركة • وهذا يضفى على هذه الحصص — ولو فى حدود معينة — الصفة الشخصية •

على ان هناك فجاءات يمكن أن تعترض حياة الشركة نتيجة للصفة الشخصية للحصة بالعمل، ونجدها أيضا قد تتحقق نتيجة للحصص العينية • فاذا كان مرض الشريك صاحب الحصة بالعمل أو موته قد يؤثر على حياة الشركة ،فان هذه النتائج قد تتحقق وبصورة أكثر خطورة على الشركة ، كما يحدث اذا كانت الحصة العينية مقدمة للشركة على سبيل التمليك — وفى هذه الحالة تقع تبعة هلاكها على الشركة — وتمثل جزءا هاما ورئيسيا من رأس مالها ، فانه يترتب على هلاكها انهيار الشركة ، فى حين يظل لمقدم هذه الحصة الهالكة الحق فى المشاركة فى بقية موجودات الشركة • وتظهر الخطورة هنا فى عدم استطاعة الشركة الاستمرار بعد هلاك الجزء الاكبر من أموالها • على أنه اذا توفى الشريك صاحب الحصة بالعمل يمكن تصور عدم تأثر الشركة بوفاته ، فقد تستطيع الشركة الاستمرار بين بقية الشركاء ، وكذلك يمكن ان يحل غيره محله سواء عن طريق المشاركة أو الاجارة ، وكل ذلك يتم باتفاق الشركاء •

وقد يتحقق انهيار الشركة كذلك اذا كانت الحصة العينية قد قدمت لمجرد الانتفاع • فمع ان تبعة الهلاك تقع على مقدم الحصة ، الا ان الشركة قد يتحقق سبب انتهائها بالرغم من ذلك اذا لم يستطع مقدمها ان يأتى ببديل لها يؤدى نفس الانتفاع • وكذلك اذا عجزت الشركة ان تحصل على البديل من أموالها الخاصة •

وبذلك يتضح ان شركة المساهمة لا تخلو من الصفة الشخصية والاعتبار الشخصى بين الشركاء ولو خلال فترة محددة ، هى فترة التأسيس والى ان تجتمع الجمعية العمومية للمساهمين • بالاضافة الى المسئولية الشخصية التى كان من نتائجها حرمان أسهم الحصص العينية وحصص التأسيس وما يكتتب فيه المؤسسون من أسهم ، من التداول قبل نشر الميزانية عن السنتين الاوليين من تاريخ القرار الجمهورى المرخص فى انشاء الشركة • كما ان الحصص العينية لا تفارقها الصفة الشخصية • بالاضافة الى ان الصفة الشخصية التى تتسم بها الحصة بالعمل أقل خطرا على الشركة من الحصص الاخرى التى لم تلق أى اعتراض من شراح القانون •

٤٣٨ — ثالثا : العرف وتعارضه مع تقويم حصص العمل بالنقود ، وان الحياة العملية فى مصر لا توجد بها شركة مساهمة يشتمل رأس مالها على حصة عمل ، واحترام القانون لهذا العرف •

ولا نرى وجودا لهذا التعارض ،لان الاستناد فى وجوده الى أن الشركاء فى شركات الاشخاص تجرى العادة بينهم على الاكتفاء بتحديد نصيب حصة العمل فى الارباح بنسبة معينة، لا يؤدى الى اثبات وجود هذا التعارض • لأنه وان سلمنا بهذه العادة الا ان هذا التحديد اذا لم يعتبر بذاته تقويما لحصة العمل فهو على الاقل يتضمن تقويمها • لانه لا يمكن ان يحدد نصيب هذه الحصة من الأرباح جزافا دون الاستناد الى أسس يتم وفقا لها هذا التحديد ، وان لم تظهر هذه الاسس صراحة فى اتفاقهم ،فلا يتصور ان تمنح هذه الحصة ربحا لا تستحقه أو يزيد على ما تستحقه • كما ان مقدم هذه الحصة لن يرضى بما يحدد له

من الربح الا اذا وجد فيه مقابلا مجزيا لعمله، ولما يحتمل ان يتحمله من نتائج الخسارة اذا وقعت • وأما عن الحياة العملية التى لم تفصح عن وجود حصة عمل فى أية شركة مساهمة، فلعل مرد ذلك تلك النظرة غير العادلة التى كان ينظر بها الى حصص العمل • والتى ظهر أثرها فى القانون المدنى الملغى حين اعتبر حصة العمل مساوية لاقل الحصص المالية •

على أن ذلك — فيما أرى — لايعتبر عرفا حيث ان هذه الشركات قد تكونت فى ظل قوانين أجنبية أو مقتبسة منها • كما ان غالبية الذين تولوا تكوين هذه الشركات هم من الغرباء على بلادنا، وقد وفدوا وقوانينهم ومعهم عادات غريبة علينا، فرضت على معاملاتنا منذ ان تحولت البلاد عن أحكام الشريعة الاسلامية • لذلك فما قد ينشأ من عرف فى مثل هذه الظروف هو نبت غير أصيل، مآله الى الزوال • وهو لا يعبر من ناحية أخرى عن النظرة الحقيقية الكامنة فى ضمير المجتمع •

وبصدد الكلام عن العرف، يشير الى ان اتجاها جديدا بدأ يظهر يعطى العمال حق المشاركة فى ادارة شركات المساهمة وارباحها، وكذلك المشاركة فى أرباح الشركات ذات المسئولية المحدودة التى لا يقل رأس مالها عن عشرين ألف جنيه •

واذا كان المجتمع قد قبل ذلك فانه يكون من باب أولى ان يقبل دخول حصة العمل بمميزاتها وخصائصها فى تكوين هذه الشركات •

ونلاحظ ان هذا الاعتراض انما ينصب على اشتمال رأس مال الشركة لحصة عمل، وقد سبق القول ان الحصة بالعمل ليست مالا ولا تدخل فى تكوين رأس المال • وبذلك نرى ان هذا الاعتراض ينطوى على أسباب نقضه •

٤٣٩ — أما احترام القانون لهذا العرف بسكوته عن تنظيم حصص العمل فى شركة المساهمة رغم اسهابه فيما يتعلق بالاسهم العينية والنقدية، فقد رأينا كيف تكون هذا العرف، مما يخرجه عن ان يكون عرفا حقيقيا لمجتمعنا • على ان هذه الحجة لا تقبل على اطلاقها، فلان سكتت القوانين الخاصة بشركات المساهمة عن ذلك، فليس معناه ان القانون بوجه عام قد اغفل هذا الموضوع • كما ان قوانين الشركات المساهمة قد سكتت أيضا عن رفض حصص العمل فى هذه الشركات، فليس سكوتها عن تنظيمها فقط • ولعل فى هذا السكوت ما يشير الى ترك الموضوع للقواعد العامة التى وردت فى القانون المدنى، وهو القانون العام الذى تطبق نصوصه فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القانون التجارى • وقد صدر القانون المدنى الجديد وبالبلاد شركات مساهمة كثيرة، ومع ذلك فقد نص على ان عقد الشركة يرتب التزاما على الشركاء بتقديم حصة من مال أو عمل (م ٥٠٥) كما نص على كيفية تحديد نصيب حصة العمل فى أرباح الشركة (م ٥١٤) • فهل يمكن القول — وفقا لمنطق المعترضين — ان القانون المدنى قد اهدر هذا العرف ؟ الصحيح ان هذا القانون قد اعتبر عدم وجود عرف خاص فى هذا الشأن • والا — وهو القانون العام — لما أهدر هذا العرف المقول به • هذا بالاضافة الى ان كثيرا من الشركات المدنية يتخذ شكل شركة المساهمة، ولم يكن ذلك غائبا عن واضعى هذا القانون • فلو ان عرفا قد استقر، لما خالفه هذا القانون •

فاذا قيل ان القانون المدنى قد وضع قاعدة عامة دون تخصيص، لان هناك شركات تقبل هذه الحصة وأخرى لا تقبلها، أمكننا الرد على ذلك بان هذا القانون وان كان يضع القاعدة

العامة الا أنه لم يكن هناك ما يمنعه من ان يورد الاستثناء عليها تخصيصا أو تقييدا .

٤٤٠ — رابعا : عدم جواز تمثيل حصص العمل بأسهم أو صكوك رأس مال أو أسهم صناعية .

ان كنا نسلم مع شراح القانون بعدم جواز تمثيل حصص العمل بأسهم أو صكوك رأس مال ، لان هذه الحصص ليست مالا فلا تدخل فى تكوين رأس المال ، الا اننا لا نسلم رفضهم تمثيل هذه الحصص بالاسهم الصناعية وهى التى تصدرها الشركات المساهمة فى فرنسا فى مقابلة حصص العمل . وهذه الاسهم لا تمثل أى جزء فى تكوين رأس المال انما هى عبارة عن حصص ترتب الحق فى أرباح الشركة . ورفض الشراح المصريين تمثيل حصص العمل بهذه الاسهم يدل على رفضهم دخول هذه الحصص فى شركات المساهمة على أى صورة من الصور ، ما دامت هذه الاسهم لا ترتب حقا على رأس المال .

ورفض تمثيل حصص العمل بالاسهم الصناعية لا يؤدى اليه ما سبق من مبررات، اذ انصبت هذه المبررات على عدم قابلية هذه الحصص للتقويم النقدى ، وعدم جواز دخولها فى رأس المال ، وبالتالى لا تكون ضمانا للدائنين .

لكن اذا وجدت هذه الحصة مكانها بعيدا عن تكوين رأس المال ، فعلى أى أساس يقوم هذا الرفض اذن ؟

هذا مع انه يجب ملاحظة ان اصدار الاسهم الصناعية فى مصر يحتاج الى سند تشريعى ، حيث لا يوجد بهذا النوع من الاسهم نص خاص ، وان رأى البعض فى مصر امكان تمثيل حصة العمل بهذه الاسهم [1] .

٤٤١ — وما يثيره الشراح من اعتراضات بالنسبة لحصص العمل فى الشركات المساهمة، يثور أيضا بالنسبة للشركات ذات المسئولية المحدودة وبنفس المبررات [2] ، لذلك أجدفيما ذكرته ردا على هذه الاعتراضات ، ما يعتبر ردا على اثارتها بالنسبة لهذا النوع من الشركات . وان كان بعض هذه الاعتراضات لا يجوز أن يوجه الى قبول حصة العمل فى الشركة ذات المسئولية المحدودة ، حيث ان هذه الشركة تجمع بين بعض خصائص شركات الأشخاص ، وشركات الأموال .

بل ان من الشراح من يعتبرها من شركات الأشخاص ترجيحا لما تتضمنه من خصائص هذه الشركات لانها « شركات عائلية تقوم أساسا على الاعتبار الشخصى الذى يتمثل على الاخص فى عدم قابلية الحصص للتداول بالطرق التجارية ، وتترتب على هذا الوصف نتيجة عملية هامة ، هى أنه فى حالة عدموجود نص فى شأن من شئون الشركة يجبالاستعانة بأحكام شركات الاشخاص » [3] .

ولم يكن هذا الرأى مبررا لأصحابه للقول بجواز دخول الحصة بالعمل فى تكوين هذا النوع من الشركات بل انهم مع ذلك يرون أنه لا يجوز ان تكون الحصة عملا وانما لاتكون الحصة غير حصة نقدية أو عينية [4] .

---

(١) على جمال الدين عوض ص ١٤٦ هامش ١ .

(٢) مصطفى طه ص ٥٣٤ ، على يونس — النظام القانونى بند ٢٢٨ ، ملش ص ٤٧٤ ، فريد مشرقى ص ١٨٨ .

(٣) الوسيط لمحسن شفيق ج ١ بند ٦٧٥ ، قريب من ذلك على يونس — النظام القانونىبند ٢١٧ .

(٤) المرجع السابق لمحسن شفيق بند ٧٧٧.

حتى من يقول بان هذه الشركة تعتبر من شركات الأموال لا ينكر الاعتبار الشخصى الذى تقوم عليه ، مما دعا البعض الى اعتبار هذه الشركة فى مركز وسط بين شركات الاشخاص وشركات الاموال • ولذلك يرجع فى حل الصعوبات التى قد يثيرها النشاط الذى تقوم به الى القواعد المقررة لشركات الأشخاص أو لشركات الأموال بحسب ما اذا كانت الصعوبة أو المسألة المعروضة يغلب فيهـا العنصر الشخصى أو العنصر العينـى [1] • ووفقا لهذا الرأى تطبق كثير من قواعدشركات الاشخاص •

فالصفة الشخصية للحصة بالعمل لن تكون حائلا دون دخولها فى تكوين الشركة ذات المسئولية المحدودة حيث لا تعارض يمكن ان يوجد طالما ان هذه الشركة تقوم أساسا على الاعتبار الشخصى ، وفقا لمختلف الآراء•

وما دامت هذه الحصة لا تدخل فى تكوين رأس المال ، فسيظل رأس المال بتمامه محققا الضمان للدائنين • بينما تقوم هذه الحصة بدورها الذى يتفق عليه ، دون أى مساس برأس المال •

المطلب الثـالث
موقف الفقـه الفرنسى

٤٤٢ — رأينا عند عرض رأى الشراح المصريين انهم يرفضون فى غالبيتهم تمثيل حصص العمل بالاسهم المسماة « الاسهم الصناعية » • وخلصنا الى ان ما قدموه من مبررات لرفضهم هذا لا يعتبر مسوغا له •

وباعتبار ان هذا النوع من الاسهم انما تصدره الشركات المساهمة فى فرنسا ، فيكون مناسبا ان نعرض لآراء شراح القانون فى فرنسا لمحاولة استيضاح حقيقة هذه الاسهم وما ترتبه من حقوق • وقد اختلفت الآراء بين هؤلاء الشراح حول حقيقة هذه الاسهم، فمنهم من يراهاأسهما حقيقة ، ومنهم منيراها مجرد صكوك تخول حقا فى الربح • فيقول البعض عنها انها « نوع من الاسهم العينية، ويعطى هذا الاسم للاسهم الموزعة على الشركاء الذين يقدمون عملهم ، وحيث انهم لم يشاركوا فى تكوين رأس مال الشركة فليس لهم الحق الا فى نصيب من الارباح وليس فى جزء من رأس المال الا اذا وجد اتفاق مخالف » [2] •

والواضح من هذاالرأى ان هذه الاسهم لا تمثل جزءا فى رأس المال ولاترتب حقا • وان ما ترتبه ليس الا الحق فى الحصول على نصيب من أرباح الشركة • وهذا يتفق مع المنطق حيث لا يجب أن يرتب لهؤلاء الشركاء حق على مال لم يسهموا فى تقديمه •

لكن هذا الرأى فى اعتباره هذه الاسهمنوعا من الاسهم العينية ، ينطوى على شىء من التجوز • لان الأسهم العينية هى اسهم رأس مال ، فى حين ان الاسهم الصناعية أسهم عمل• كذلك نلاحظ على هذا الرأى أنه أجاز الاتفاق على ترتيب حقوق لحصص العمال فى رأس المال • وكأنه رأى ان الامر فى ذلك يرجع لأصحاب حصص رأس المال فلهم ان يعطوا أصحاب حصص العمل حقوقا فى أموالهم • لكن لا أعتقد ان ذلك هو مؤدى هذا الرأى • ولعل المقصود هو جواز الاتفاق على ترتيب حق لأصحاب الاسهم الصناعية على فائض القسمة ، بعد ان يحصل كل شريك من أصحاب الحصص المالية على مقدار ما أسهم به • ذلك

(١) راجع مصطفى طه ص ٥٣٦ .

(٢) ليون كان ورينوه جـ ٢ بند ٥٦٠ .

أنه لو أخذنا بغير ذلك لترتب لاصحاب حصص العمل الحق فى اقتسام موجودات الشركة بعد التصفية ، على قدم المساواة مع أصحاب حصص رأس المال ، ثم يقتسم الجميع مابقى بعد ذلك بنسبة الانصبة فى الربح ٠

ولعله يكون مبررا لرفض الاتفاق على تقرير حق على موجودات الشركة لاصحاب حصص العمل قبل اقتسام أصحاب الحصص المالية لهذه الموجودات وصولا الى مقدار حصصهم٠ أن هذا الحق فى حالة تحقق الربح يؤدى الى انتقاص نصيب أصحاب الحصص المالية من الأرباح ، نظرا لحصول أصحاب العمل على مبالغ بصفتها رأس مال لهم ٠ فلو لم يكن لهم هذا الحق لكان ما حصلوا عليه ربحا يشترك فيه الجميع ٠

وفى الفرض العكسى أى حين تلحق الخسارة بالشركة فلن يخلص لأصحاب الحصص المالية ما قدموه فى رأس المال ٠ ليس فقط بسبب الخسارة بل أيضا نتيجة مشاركة أصحاب حصص العمل لهم فى موجودات الشركة فكأن أموالهم ستنتقص مرتين : الاولى من جراء الخسارة ٠ والثانية نتيجة لاقتسام أصحاب حصص العمل معهم ما بقى من رأس المال ٠

٤٤٣ — هذا بالاضافة الى أن ترتيب مثل هذا الحق ينطوى على محاباة للبعض على حساب البعض الآخر ، وان كانت برضا الاطراف المعنية ٠ وذلك لتضمن مثل هذا الاتفاق الاعفاء من تحمل نتائج الخسارة ٠ اذ ان حصص العمل سيكون لها مقابل دائما ، ففى حالة تحقق الأرباح يكون المقابل نصيبا فى الربح بالاضافة الى الحق المقرر على رأس المال ٠ وفى حالة الخسارة يكون المقابل هو اقتسام الموجودات ٠ وعندئذ يكون صاحب الحصة بالعمل قد أعفي من تحمل نتيجة الخسارة من الناحية الفعلية اذ أنه حصل على ما يعوضه عن فقد نصيبه من الربح ٠ ومثل هذه الاتفاقات تعتبر من الاتفاقات الباطلة ٠

ولعل يؤيد ما ذهبنا اليه من ان المقصود هو الاتفاق على حق أصحاب الاسهم الصناعية على فائض قسمة الموجودات فقط دون رأس المال قول البعض ان هذا الاتفاق مشروع طالما ان المشرع نفسه اعطى المثال للتقويم المسبق لهذه الحصص فى المادة ١٣٥٨ مدنى [1] ٠

لكن لما كان الحق الذى يرتب لحملة الاسهم الصناعية فى اقتسام موجودات الشركة يخالف العرف التجارى فلن يقبل الا بوجود الشرط الصريح فى العقد [2] ٠

٤٤٤ — على ان الشراح الفرنسيين يكاد ينعقد اتفاقهم على جواز دخول حصة العمل فى شركات المساهمة فى مقابلة الاسهم الصناعية ٠ ولا تعتبر هذه الاسهم عند غالبيتهم اسهما حقيقية — على عكس الرأى السابق — بل هى مجرد صكوك تعطى الحق فى نصيب من الأرباح ، حتى ان منهم من اعتبر أنها حصص تأسيس أخطىء توصيفها أو انها استعمال لاصطلاح خاطىء » [3] ٠

ومع ذلك فان من هؤلاء الشراح من يفهم من كلامه أنه لا يتصور وجود حصة العمل فى شركات المساهمة الا فى شكل الخدمات التى تؤدى عند تأسيس الشركة ، كالابحاث

---

(١) اعتبر القانون الفرنسى ان حصة العمل مساوية لاقل الحصص المالية .

(٢) راجع دالوز المجموعة العملية ج ١١ بند ١٧٦٠ .

(٣) المرجع السابق بند ١٧٥٨ ، بليس هنرى بند ١٢٨ ٠

التمهيدية التى يقوم بها المهندسون أوالدعايات التى تقوم بها البنوك لدى عملائها للاكتتاب فى أسهم الشركة [1] .

ويرى البعض منهم ان حصة العمل تدخل فى تكوين شركات المساهمة لكنها تمثل بحصص تأسيس ، وقد دخلت هذه الحصص الى القانون الفرنسى عام ١٨٦٦ ، وكذلك تمثل باسهم العمل التى نص عليها قانون ٢٦ ابريل ١٩١٧ [2] .

ويوضح اسكارا الموقف فى حسم بقوله : « اذا كانت حصة العمل تمنح صكوكا ترتب الحق لحامليها فى نصيب من الارباح الموزعة سنويا وكذلك فى فائض القسمة . فلا يوجد سبب يمنع اصدار مثل هذه الصكوك لاى شخص ، مهندس أو فنى على سبيل المثال يقدم عمله فى الشركة المساهمة كما ان المشرع قرر صراحة انشاء أسهم عمل وهى فى الحقيقة أسهم صناعية (قانون ٢٦ ابريل ١٩١٧) » [3] .

وهكذا نتبين اتفاق الشراح فى فرنسا على دخول حصة العمل شركات المساهمة ، طالما ان هذه الحصص لا تعطى صكوكا تمثل أجزاء فى رأس المال . فهى لا تدخل أصلا فى تكوينه . وان كان قد ظهر بعض الخلاف فى الصكوك التى تمنح لهذه الحصص فمنهم من رأى انها تمثل بحصص تأسيس ، أو بأسهم صناعية ، أو أسهم عمل . ووجدنا الرأى الواضح لدى اسكارا حيث أنه تكلم عن طبيعة الصكوك التى تمنح لهذه الحصة ، فهى لا تدخل فى تكوين رأس المال ، ولا ترتب الا الحق فى نصيب من الارباح التى توزع سنويا وكذلك الحق فى الدخول فى اقتسام فائض القسمة . ولتسم هذه الصكوك بعد ذلك أى تسمية .

وما يستند اليه الشراح الفرنسيون فى موقفهم من حصص العمل ، يكون جزءا كبيرا مما يستند اليه الشراح المصريون فى رفضهم دخول هذه الحصص — فى أى صورة — شركات المساهمة . فالشراح الفرنسيون يرون :

أولا : ان تقويم حصص العمل بالنقد ينطوى على صعوبات ، لامكان وجود التحايل أو التدليس فى هذا التقويم .

ثانيا : ان حصص العمل لا يمكن ان يتم الوفاء بها الا عند انتهاء الشركة اذ ان هذا الوفاء لا يكون الا على التعاقب ولا يتصور فوريته . ولذلك فهذه الحصص لا تمثل زيادة فى قيمة رأس المال عند التأسيس . بالإضافة الى النص على وجوب الوفاء الفورى بالحصص العينية وهو أمر لا يجوز لارادة الافراد مخالفته (م ٣ ف ٢ قانون ١٨٦٧ معدلة بقانون ١٨٩٣) .

ثالثا : أن حصص العمل لا تكون ضمانا لدائنى الشركة [4] .

هذه الاسانيد أدت الى عدم دخول الحصة بالعمل فى عناصر تكوين رأس المال . ولذلك اتفقت كلمة الشراح فى فرنسا على وجوب عدم منح هذه الحصة صكوكا مالية . فى حين ان الشراح المصريين استندوا على هذه الأسانيد تبريرا لرفضهم دخول الحصة بالعمل فى شركات المساهمة على الاطلاق .

٤٤٥ — على ان الآراء السائدة فى الفقه الفرنسى كانت موضع انتقاد شديد من أحد

---

(١) لاكور وبوتيرون ج ١ بند ٤١٦ .

(٢) هامل ولا جارد بند ٥٤٤ ، ريبير ودورانو وروبلوت بند ٩٦٨ ، ليون جوليوت ورينيه وريدير وروجيه هوان بند ٥٦٩ .

(٣) الشركات التجارية ج ٣ بند ١٠١٧ .

(٤) راجع فى ذلك اسكارا بند ٥٢٣ ، لاكور وبوتيرون ج ١ بند ٤١٥ ، بليس هنرى بند ١٢٨ .

الشراح الفرنسيين هو « بول بيك » الذى رأى ان الاسهم الصناعية هى أسهم حقيقية تتساوى مع الاسهم العينية . فهى تمثل جزءا من رأس المال وترتب لحملتها الحقوق التى ترتبها الاسهم الاخرى من الاشتراك فى الادارة بحضور الجمعية العمومية للمساهمين ودخول مجلس الادارة ، واقتسام الارباح والخسائر والمشاركة فى القسمة المحتملة لموجودات الشركة .

ويسرى على هذه الاسهم ما يسرى على الاسهم العينية من منع تداولها خلال السنتين التاليتين على تكوين الشركة ، فتظل أسمية خلال هذه الفترة . ويؤيد هذا الكاتب وجهة نظره بان المادة ١٨٣٣ مدنى قد أوضحت بما فيه الكفاية ان المشرع جعل لحصص العمل نفس الوضع الذى ارتضاه للحصص الاخرى. وأنه بالتالى يعتبر هذه الحصة قابلة للتقويم النقدى شأنها فى ذلك شأن الحصص العينية بالمعنى الدقيق . ويقرر أنه من الناحية العملية لا توجد صعوبة لتقدير الحصة الفنية التى يقدمها مهندس بالنقود ، أكبر من تلك التى تواجه التقدير لحصة موضوعها براءة اختراع على سبيل المثال . هذا الى ان حصة العمل تزيد من قيمة المشروع وهذه الزيادة يمكن تقويمها بالنقود . ويحاول تأييدا لرأيه أيضا ان يستند الى ما قرره قانون ٢٦ أبريل ١٩١٧ الذى انشأ نوعا خاصا من شركات المساهمة يصدر نوعين من الاسهم : أسهم رأس مال ، وأسهم عمل . وهذه الاسهم الاخيرة تعطى الحق فى المشاركة فى الارباح والادارة وما يبقى من موجودات الشركة بعد رد رأس المال [١] .

هذه الآراء التى يقول بها « بيك » غير مسلمه فى الفقه الفرنسى . ويؤخذ عليه أنه صرف النظر تماما عن المبدأ الذى جاءت به المادة ٣ من قانون ٢٤ يوليو ١٨٦٧ المعدلة بقانون ١٨٩٣ وبموجبها تكون الحصص العينية واجبة الوفاء الفورى ، اذ ان حصص العمل لا تقبل هذا الوفاء الفورى [٢] .

٤٤٦ — وبصدد الرد على هذا الكاتب يذكر حكم لمحكمة « كان » صدر فى ٢٦ يونيو ١٩١٢ قضت بمقتضاه هذه المحكمة برفض دخول حصة عمل فى رأس مال شركات المساهمة بسبب صفتها المستمرة . كما قضى هذا الحكم ببطلان شركة المساهمة التى يتضمن رأس مالها أسهما تكافىء حصة العمل . ويعقب بليس هنرى على هذا الحكم قائلا : وبهذا القضاء أدين ضمنا الحل الذى ارتضاه بعض الكتاب وبموجبه يمكن منح حصص العمل أسهما تمثل جزءا من رأس مال الشركة ... ويرى ان تصحيح هذا الشرط يفقد المبدأ القانونى للوفاء الفورى كل نطاقه . وهو المبدأ الواجب اعتباره من النظام العام ، وبهذا المعنى يجب تفسير حكم محكمة « كان » [٣] .

وينتهى هذا الكاتب الى تقرير مايراه غالبية الشراح الفرنسيين من ان حصة العمل يمكن مقابلتها بصكوك مهما كانت التسمية التى تعرف بها ، تكون من الوجهة القانونية حصص أرباح، ثم يقول : « لكن نعترف بدون مبالغة بالاضرار الناتجة من عدم امكان انشاء أسهم لمكافأة أولئك الذى أوقفوا نشاطهم أو منحوا ائتمانهم لشركة المساهمة ، وفى الواقع حصص الارباح قابلة لتمثيل قيمة مالية هامة وتعطى فائدة قابلة للتقويم » [٤] .

---

(١) هذه الآراء مشار اليها فى دالوز ، المجموعة العملية ج ١١ بند ١٧٦١ ، وملخصة فى بليس هنرى بند ١٢٨ .

(٢) و (٣) بليس هنرى بند ١٢٧ .
(٤) المرجع السابق بند ١٣٠ .

ولعل هذا الكاتب اراد بقوله هذا الاعتراف بما لحصص العمل من أهمية ويود أن يقرر لها وضعا أفضل ، لكنه لا يجد فى النصوص القانونية ما يسعفه فى ذلك • فالنظرية التقليدية الخاصة بالاسهم الصناعية وان ظهرت — كما يرى — غير متقدمة من الوجهة الاجتماعية الا انها من ناحية الصياغة القانونية غير معيبة[1] • ثم يجد الحل فى امكانية شركات المساهمة تحويل الحصص الى أسهم اذا كان لديها احتياطيات كافية تغطى الوفاء بالاسهم المجانية التى تعطى لحملة الحصص عوضا عن صكوكها • ولهذا فالشركاء اصحاب حصص العمل يستفيدون من زيادة ذمة الشركة المالية ومن نجاح المشروع • اذ أن ذلك يسمح بتكوين احتياطيات تخدم الوفاء بما يسلم اليهم من اسهم • وعندئذ يستطيع اصحاب الحصص المحولة أن يشاركوا فى الادارة[2] •

مما تقدم يتضح أن الراجح فى فرنسا فقها وقضاء قبول حصص العمل فى شركات المساهمة على أن تقابل بصكوك لا ترتب الا الحق فى الارباح ، وكذلك حقا فى موجودات الشركة بعد استرداد رأس المال ، وان قيد البعض ذلك بضرورة وجود الشرط الصريح• لانها ليست أسهم رأس مال ولم تدخل فى تكوينه • كما لا يجوز لحملة هذه الصكوك ان يشاركوا فى ادارة الشركة •

تقدير موقف الفقه الفرنسى

٤٤٧ — اذا كان الفقه الفرنسى قد قبل دخول حصص العمل شركات المساهمة الا أن لنا على موقفه الملاحظات الآتية :

أولا — ان حرمان حصة العمل من المشاركة فى الادارة يحرم الانتاج من فوائد محققة تعود من اشتراك أحد عنصريه فى ادارة شئونه • كما أن العمل الذى يقدم كحصة فى شركة هو عمل له أهمية خاصة ، بل غالبا ما يتصل بالادارة ، فكيف يمنع منها ؟

على أن المحاولة التى اتجهت الى تحويل صكوك حصص العمل الى اسهم رأس مال ، تمكينا لاصحاب حصص العمل من المشاركة فى الادارة انما تسلك طريقا ملتويا • فالاحتياطى فى الواقع يمكن التصرف فيه وفقا لما تراه الجمعية العمومية للمساهمين ، وذلك فى جزئه غير القانونى • ومع هذا فبقاؤه يفيد الشركة والمساهمين والدائنين ، فهو يفيد الشركة ذاتها من حيث تقوية مركزها المالى وتدعيمه ، وهو يفيد المساهمين باعتبار ان مآل هذا الاحتياطى الى التوزيع • وأخيرا يفيد دائنى الشركة من حيث أنه يعتبر زيادة فى ضمانهم •

لذلك لا نرى أى ضرورة لهذا الالتواء للوصول الى اعطاء حق الادارة لاصحاب حصص العمل •

أما الرأى الآخر الذى يرى فى الاسهم الصناعية اسهما حقيقية ليصل بذلك الى اشراك اصحاب حصص العمل فى ادارة الشركة فهو رأى غير مسلم ، لأن هذه الحصص ليست مالا ولا يمكن لها ان تدخل فى تكوين رأس مال الشركة •

على أن هناك جامعا بين هذه الآراء الثلاثة: الرأى المانع من الاشتراك فى الادارة ، والرأى الذى يقول بتحويل حصص العمل الى اسهم رأس مال باستعمال الاحتياطى

---

(١) هنرى بليس بند ٢١٩ •
(٢) المرجع السابق بند ١٣٠ •

ليصل بذلك الى اشتراك هـؤلاء الشركاء فى الادارة ، والرأى الذى يضفى على حصص العمل صفة اسهم رأس المال • هذا الجامع هو صدورها جميعا عن فكرة ارتباط الادارة بالملكية ، وهى الفكرة التى تجعل الادارة حقا خالصا لاصحاب رأس المال •

فالرأى الأول يمنـع حصص العمـل من الاشتراك فى الادارة لانها لا تدخل فى تكوين رأس المال • والرأيان الثانيان ينتهيان الى أن يجعلا لهذه الحصص صفة اسهم رأس المال — وان سلكا طريقين مختلفين — لكى يتمكن اصحابها من المشاركة فى الادارة •

فالاعتداد بفكرة ارتباط الادارة بالملكية — فيما أرى — هو الذى أدى الى هذه النتائج• ولو أن الشراح الفرنسيين تخلوا عن هـذه الفكرة — وهو الاتجاه الذى أخذ يسـود فى العصر الحديث — لامكن لهم أن يقرروا حق الحصة بالعمل فى المشاركة فى الادارة دون حاجة الى محاولات اضفاء صفة اسهم رأس المال عليها • لا سيما وان القانون الفرنسى قد ظهرت فيه بادرة التخلى عن هذه الفكرة بصـدد شركات المساهمة ذات الاشـتراك العمـالى التى صـدر بها قانون ٢٦ ابريل ١٩١٧ • وكذلك بصدد المشروعات العامة •

ثانيا — اما عن الحق فى الارباح ، وهو يسـتتبع حتما المشـاركةفى فائض قسـمة موجودات الشركة باعتبارها أرباحا • الا أن الموقفكان فىشأنها هو الموقف بصدد الادارة فرأى البعـض ان هذه الحصة باعتبـارها لا تدخل فى تكوين رأس المال لا يكون لهـا الحق فى فائض القسمة • واشترط البعض لدخول هذه الحصص فى اقتسام هذا الفائض وجود الشرط الصريح • وفى الواقع لا يوجد ما يدعو لهذا التكلف ، ذلك انه طالما استوفى اصحاب حصص رأس المال قيمة حصصهم ؛ فيجب أن يشترك الجميع فيما يبقى بعدذلك• اذ أن توزيع هذا الباقى لا يمس مبدأ سلامة رأس المال، وقد سهم من قبل• وما يوزع بعد ذلك ليس فى الحقيقة سوى ارباح • فلا يجوز أن يحصل أصحاب رؤوس الأموال وحدهم عليها وقد اسهم اصحاب حصص العمـل فى تحقيقها •

لذلك فان كنا نسلم مع الرأى الأول فى أن حصص العمل لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة لكننا لا نذهب معهم الى حرمان هذه الحصص من الحق فى المشاركة فى فائـض قسمة موجودات الشركة • وان كنا نسـلم أيضا مع الرأى الآخر فيما جاء به من حـق حصص العمل فى المشاركة فى اقتسام فائـض موجودات الشركة ، الا اننـا لا نذهب الى ما يذهب اليه هذا الرأى من أن حصص العمل يجب أن تقابل بأسهم رأس مال •

٤٤٨ — وهنا يبرز موقف الفقه الاسلامى من حصـص العمـل ، اذ وضعها الوضـع الصحيح وحدد طبيعتها تحديدا سليما • كما رتب لهـا من الحقـوق ومـا عليهـا من الالتزامات ما يتفق مع طبيعتها ودورها الذى تقوم به فى تنمية رأس المال • وقد بلغـت قواعده فى ذلك الدقـة البالغة فى المنطـق والصياغة، بحيث لا تجعل سبيلا لأى نزاع• وتفسح المجال رحبا لاستقرار التعـامل • وليس هذا فحسب بل يبرز سبق هذا الفقه الى كثير مما يعتبر من الافكار والنظـريات جديدا • فما نراه اليوم حديثا براقا — كفكرة فصل ارتباط الادارة عن الملكية — نجـد اصوله وقواعده قد احتواها هذا الفقه بـين جنباته منذ مئات السنين •

المبحث الثالث

الرأى الذى نخلص اليه فى شأن نطاق الحصة بالعمل

٤٤٩ ـ اذا نظرنا الى موقف الشراح المصريين على ضوء ما تقدم من عرض لآرائهم ، ومناقشة لها ، نتبين انهم يقفون بالنسبة لحصص العمل موقفا متشددا بالرغم من ان المبررات التى يسوقونها سندا لموقفهم لا تخرج عما يقوله شراح القانون الفرنسى وقد قبلوا دخول هذه الحصص شركات المساهمة ، ما دامت بعيدة عن التمثيل بأسهم رأس مال •

هذا مع أن القانون المدنى المصرى قد جاء بنص عام يقرر فيه جواز ان تكون الحصة فى الشركة مالا أو عملا • كما عدل عن موقفه القديم فى القانون الملغى • وأعاد للعمل اعتباره حين تخلى عن النص الذى يقضى باعتبار حصة العمل مساوية لأقل الحصص المالية • واتخذ موقفا يتلاءم مع ما يجب أن يكون عليه تقدير العمل ، فقدر هذه الحصة بمعيار موضوعى عادل ، هو مقدار ما يعود على الشركة من فائدة من هذه الحصة • فى حين ظل القانون المدنى الفرنسى مبقيا على النص المقابل لنص القانون المدنى المصرى الملغى •

لذلك يكون تشدد موقف الشراح المصريين غير متفق مع اتجاه القانون المدنى الجديد ، وكذلك غير مساير لموقف الشراح الفرنسيين ، وبعيدا عن موقف الفقه الاسلامى •

ولكى نصل الى الرأى الذى نقول به نبحث فى بعض الصكوك التى تصدرها شركات المساهمة سواء فى مصر أو فى فرنسا فى مطلب خاص ، ونخصص المطلب الثانى لما توصلنا اليه من رأى •

المطلب الأول

بعض الصكوك التى تصدرها الشركات المساهمة

٤٥٠ ـ قد تكون المناقشة التى أجريناها لآراء الفقه فى مصر وفرنسا كافية لأن تشير الى الرأى الذى نريد أن نصل اليه ، ففيها ما يكفى لرد الاعتراضات التى ابديت على دخول الحصة بالعمل فى الشركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة • الا اننا رأينا استكمالا للبحث أن نعرض لبعض ما تصدره شركات المساهمة من صكوك فى صورة حصص أو اسهم تبيانا لمدى صحة التعارض بين طبيعة شركات المساهمة وحصص العمل •

فنتكلم عن حصص التأسيس وأسهم التمتع • وأخيرا أسهم العمل التى تصدرها بعض الشركات المساهمة فى فرنسا •

٤٥١ ـ أولا : حصص التأسيس :

وهى التى تصدرها شركات المساهمة لصالح المؤسسين فى مقابل ما يقدمونه للشركة عند تأسيسها من التنازل عن التزام حكومى أو حق من الحقوق المعنوية • وفى فرنسا تعطى أيضا مقابل الخدمات التى تؤدى للشركة فى فترة تأسيسها أو زيادة رأس مالها •

ويعنينا من ذكر هذه الحصص أيضاح ان الشركات المساهمة تصدر صكوكا تعطى اصحابها حقا فى نصيب من الارباح ، دون أن تكون ممثلة لجزء من رأس المال •

فلا يكون غريبا على هذه الشركات أن تصدر صكوكا لا تمثل انصبة فى رأس المال ، ولا يدخل مقابلها فى تكوينه • فكيف يكون التعارض المقول به اذن اذا دخلت حصة العمل هذه الشركات واعطيت صكوكا غير مالية ؟

على انه تجب ملاحظة انه فى الوقت الذى يرتاب المشرع من حصص التأسيس ويتجه الى الغائها ، نجده يعدل من نظرته الى العمل ويعطيه حقوقا فى الارباح وفى ادارة الشركة.

٤٥٢ ــ ثانيا : اسهم التمتع :

ثمة صكوك أخرى تصدرها شركات المساهمة وهى الاسهم المعروفة بأسهم التمتع وتعطى للمساهمين الذين تستهلك اسهمهم ، أى ترد قيمتها الى أصحابها .

وهذه الاسهم تبقى للشريك صفته وتعطى له ما يترتب على هذه الصفة من حقوق ، فيكون له الحق فى نصيب من الارباح ، وفى فائض القسمة بعد استهلاك الاسهم الباقية. كما يكون له الحق فى حضور الجمعية العمومية للمساهمين والتصويت على قراراتها .

فهذه الاسهم تبقى على الشريك صلته بالشركة وكان المفروض أن تنقطع هذه الصفة بعد ان استرد ما سبق ان اسهم به ، ولم يبق له فى رأس مال الشركة أى نصيب .

من هذا يتضح أن هناك اسهما تصدرها شركة المساهمة لا تمثل جزءا فى رأس المال، ولا يقابلها أية فائدة تعود على الشركة . ومع ذلك تعطى حقا فى المشاركة فى الارباح والادارة . فهل يكون ــ بعد ذلك ــ متعارضا مع طبيعة شركة المساهمة ان تقدم فيها حصص عمل يكون لها الحق فى المشاركة فى الارباح والادارة ؟ فى الواقع انه لا تعارض ، لا سيما ان الشركة ستنتفع بالعمل المقدم طوال حياتها . مادامت تصدر اسهما لا تستفيد بشىء فى مقابلها . فيكون من باب أولى أن تصدر لحصص العمل مثل هذه الصكوك .

٤٥٣ ــ ثالثا : أسهم العمل :

تصدر ــ فى فرنسا ــ شركات المساهمة المسماة بشركات المساهمة ذات المشاركة العمالية نوعا من الاسهم يسمى اسهم العمل.

وقد نشأ هذا النوع من شركات المساهمة فى فرنسا بمقتضى القانون الصادر فى ٢٦ ابريل ١٩١٧. وقد حاول هذا القانون التقريب بين رأس المال والعمل فى تنظيم جديد عن طريق تعاون محدد بين العناصر الاساسية للانتاج[١] . ولهذا تصدر هذه الشركات نوعين من الاسهم : اسهم رأس المال ، واسهم العمل . وتوزع اسهم العمل بصفة جماعية على مجموع العمال والموظفين بالشركة . فهى ليست اسهما شخصية انما تظل باسم جماعة العاملين ، ولذلك فهى غير قابلة للتداول .

وتصدر اسهم العمل بلا مقابل ، ولذلك فهى لا تمثل جزءا فى رأس المال . ويترتب على ذلك ان أسهم رأس المال تستحق نسبة من الارباح تتمثل فى توزيع أولى ، ثم تشترك فى باقى الارباح الموزعة مع اسهم العمل . ولا يكون لاسهم العمل أى حق على موجودات الشركة عند القسمة الا بعد استرداد رأس المال بالكامل .

ولاسهم العمل الحق فى المشاركة فى ادارة الشركة . ويتم ذلك عن طريق حضور ممثلى العمال فى الجمعية العمومية للمساهمين ، واشتراكهم فى مجلس الادارة[٢] .

---

(١) دالوز المجموعة العملية ج ١ ، بند ٤٥٩٢ وما بعده .ويلاحظ أن هذا القانون أعطى للشركات المساهمة القائمة عند صدوره الحق فى أن تعدل نظمها وفقا لاحكامه .

(٢) راجع فى ذلك المرجع السابق ، بلبس هنرى بند ١٢٩ ، لاكور ــ الوجيز بند ٧١٠ وما بعده ، ريبير بند ١٤٥٠ ، تالير وبيرسيرو، بند ٧٠٥ وما بعده .

وهكذا نجد فى فرنسا بالاضافة الى حصص التأسيس وأسهم التمتع ، أسهما أخرى تمثل العمل ولا تدخل فى تكوين رأس المال . ويترتب عليها أن يكون للعمال – كمجموع – الحق فى نصيب فى ارباح الشركة وفى فائض القسمة بعد استرداد رأس المال ، وكذلك الحق فى المشاركة فى ادارة الشركة .

٤٥٤ – بذلك نتبين ان هناك صكوكا تصدرها شركات المساهمة لا تتصل برأس المال . منها نوع يعطى بعض حقوق الشريك ويتمثل فى حصص التأسيس . ونوعان آخران يعطيان كل حقوق الشريك – فيما عدا اقتسام الموجودات – وهما اسهم التمتع وأسهم العمل .

لذلك لا يكون مقبولا القول بأن حصص العمل ليس لها مجال فى شركات المساهمة وكذلك الشركات ذات المسئولية المحدودة بحجة انها لا تمثل جزءا فى رأس المال ولا يمكن أن تدخل فى تكوينه . بل اننا نقول انها تجد مجالها فى هذه الشركات لانها لا تدخل فى تكوين رأس المال ، ولا تمثل بصكوك مالية .

المطلب الثانى

نطاق الحصة بالعمل كما أراه

٤٥٥ – من كل ما سبق ننتهى الى القول بأنه لا يوجد ما يمنع – قانونا أو عملا – من دخول الحصة بالعمل فى تكوين سائر اشكال الشركات فى القانون .

فشركة المساهة مثلا وان كانت من شركات الاموال ، الا ان العمل يظل فيها احد عنصرى الانتاج ، ويجب أن يقف الى جوار المال على قدم المساواة – كلما أمكن ذلك – ليؤديا دورهما فى عملية الانتاج .

ولقد وضحت التسوية التى يراها الفقه الاسلامى بين المال والعمل ، ونظرته الى كل منهما النظرة العادلة . كما يمكن أن نستخلص من موقف القانون المدنى ما يمكن أن يكون دليلا على امكان دخول الحصة بالعمل سائر الشركات .

كذلك يمكن القول ان طبيعة الحصة بالعمل ومسئوليتها المحددة عن خسائر الشركة بحدود مقدار العمل تكون أكثر اتفاقا مع طبيعة شركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة ، اذ أن الشركاء فيهما لا يسألون عن ديون الشركة الا فى حدود ما أسهموا به ، فمسئوليتهم أيضا محدودة .

وعلى ذلك فلا يثور بصدد مسئولية صاحب الحصة بالعمل فى هذين النوعين من الشركات ما يدور بشأن مسئوليته فى شركات الاشخاص وما قيل من وجوب تحمله بعبء مالى زيادة على ما يفقده من الربح ، وهو ما سبق ان رفضناه . كذلك لا يثور ما يترتب على اكتساب هذا الشريك صفة التاجر من آثار .

٤٥٦ – لذلك أرى بالنسبة لهذه الحصة حين تدخل فى شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة ما يأتى :

أولا : ان تمثل بصكوك تصدرها الشركة لا تدخل فى تكوين رأس المال لكى لا يترتب لها حقوق بدون وجه حق ، مادام اصحابها لم يقدموا أموالا .

ولكن ذلك لا يمنع من ذكر قيمة هذه الحصص ماليا فى عقد تأسيس الشركة حتى يتبين الغير حقيقة وضع الشركة .

ثانيا : ان تظل هذه الصكوك اسمية طوال فترة الشركة ، وتكون غير قابلة للتداول ، لارتباط هذه الحصة بالمجهود الشخصى للشريك ، الذى يجب أن يظل ملتزما بأداء ما تعهد به على الوجه الاكمل • لان تداول هذه الصكوك قد ينتج عنه عدم حصول الشركة على كم العمل أو كيفه الذى التزم بتقديمه الشريك الذى قدم حصة العمل •

فاذا مرض هذا الشريك مرضا يقعده عن العمل وكذلك اذا توفى ، تصفى حصته فقط • واذا بدا له أن ينسحب من الشركة فيمكن حينئذ التنازل عن حصته بموافقة الشركة اذا كان المتنازل اليه فى نفس كفاءة وخبرة الشريك المنسحب ، والا تصفى هذه الحصة •

ثالثا ترتب هذه الصكوك لاصحابها حقا فى ارباح الشركة وكذلك حقا فى فائض القسمة بعد رد رأس المال اذ ان هذا الفائض ليس الا جزءا من الارباح التى تحققت من قبل •

رابعا : ترتب هذه الصكوك لاصحابها الحق فى الاشتراك فى الادارة ، فلم يعد حق الادارة مقصورا على أصحاب رأس المال • وهذه الفكرة اذا كانت حديثة عهد بالنسبة للقانون الوضعى ، فان الفقه الاسلامى قد سبق الى تقريرها منذ قرون عديدة ، بجعله الادارة فى شركة المضاربة لاصحاب حصص العمل وحدهم ، دون السماح لاصحاب حصص رأس المال بالتدخل فيها •

واذا كانت شركة المساهمة فى القانون الوضعى تجد أصلها فى شركتى الاموال والمضاربة فى الفقه الاسلامى ، فيكون اشتراك اصحاب حصص العمل فى الادارة قد وجد سنده الفقهى • وعلى ذلك يكون لاصحاب حصص العمل الحق فى حضور الجمعية العمومية والتصويت على قراراتها ، وكذلك الدخول فى مجلس الادارة •

٤٥٧ — ونقول دفعا لما قد يثار بشأن التخوف من المبالغة فى تقدير حصص العمل، أنه لا يوجد سبب للتخوف ، لان ما عالج به القانون موضوع تقويم الحصص العينية ، يمكن أن يعالج به تقويم حصص العمل • مع ملاحظة ان هذه الحصص لا تدخل فى تكوين رأس المال ولا يترتب على المبالغة فى تقويمها ما يترتب على الحصص العينية من آثار • كل ما هنالك ان نصيبها فى الارباح سيزيد عما تستحقه لو انها قومت التقويم السليم •

ومع ذلك يمكن اشتراط توصيف هذه الحصص توصيفا كاملا فى عقد انشاء الشركة ثم يعرض أمر هذه الحصص على أهل الخبرة ، وليكن اختيارهم أيضا بمعرفة المحكمة المختصة • وأخيرا يعرض ما يقرره الخبراء على الجمعية العمومية للمساهمين التى يكون لها الحق فى اقراره أو تعديله •

كذلك قد يقال ان تمثيل حصص العمل بصكوك غير قابلة للتداول يدخل بعض خصائص شركات الاشخاص الى شركات المساهمة ، وهى التى تحررت من قيود هذه الخصائص لصالح المشروعات التى تقوم بها •

ومع التسليم بان عدم تداول الحصة هو من خصائص شركات الاشخاص ، الا ان ذلك لا يؤثر على طبيعة شركة المساهمة • كما انه ليس غريبا على المنطق القانونى • فالقانون انشأ أنواعا من الشركات ينقل اليها بعض خصائص أنواع أخرى ، فمثلا المسئولية الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة هى

من خصـــائص شركات الاشـــخاص • والمسئولية المحدودة بقيمة ما يســهم به الشريك هى من خصائص شركات الاموال • ومع ذلك فقد أوجد القانون نوعا من الشركاء فى شركات الاشخاص لا يسألون الا فى حدود أنصبتهم فى رأس المــال ، وهم الشركاء الموصون• كما أوجد شركات التوصية بالاسهم وهى من شركات الاموال ، ومع ذلك أوجد من الشركاء فيها شركاء يسـألون عن ديون الشركة مسئولية شخصية وتضامنية ، وهم الشركاء المتضامنون • وكذلك أوجد القانون الشركات ذات المسئولية المحدودة وهى تجمع بين مميـزات كل من شركات الاشـخاص وشركات الاموال وتتوسط بذلك بين النوعين• لهذا فلا يكون غريبا — فيما أرى — ان تدخل شركات المساهمة بعـض خصائص شركات الاشـخاص ما دام ذلك فى حدود ضـيقة لا تؤثر على طبيعتها، وملحوظا فيه فائدتها• وقد سبق أن أوضحنا ان هذه الشركات غير مبرأة من بعض خصائص شركات الاشخاص ولو فى فترة محدودة •

٤٥٨ — ومع ذلك فان تداول اسهم رأس المال فى شركات المساهمة يرد على الحـرية فيه — كما سبق ان رأينا — بعض القيـود القانونية أو الاتفاقية • ولم يقل أحد أن هذه القيود ، حتى الاتفاقية منها ، تتعارض مع طبيعة شركات المساهمة • واذا كانت القيود القانونية قد قصد منها توفير الضمانات لجمهرة المساهمين لا سيما فى الفترة الاولى من حياة الشركة • فان القيـــود الاتفاقيـة تقتصر اغراضها على تحقيق مصالح خاصة •

ولعل الاثر الهام لهذه القيود الاتفاقيـة يكمن فى محاولة ابقـاء الاسهم فى أيـدى اشخاص معينين • وهنا بالذات يصل هـذا الاتفاق بالشركات المســاهمة الى الاقتراب القريب من شركات الاشخاص •

وبذلك نجد أن خصوصية تداول أسهم رأس المــال قد طوعتها القيود الاتفاقية لأغراضها وهى الخصوصية التى تتميز بها هذه الأسهم عن الحصص فى شركات الأشخاص • ومع ذلك لم يطعن طاعن على هذه الاتفاقات وآثارها البعيدة على تداول الأسهم •

وفى فرنسا تصدر الشركات المساهمة ذات المشاركة العمالية أسهم عمل لا يجوز تداولها لأنها مخصصة لمجموع العمال بهذه الشركات• بينما تتمتع أسهم رأس المال بحرية التداول•

وهكذا نجد أن شركات المســاهمة لا تأبى طبيعتها وجود الأسهم غير القابلة للتـداول أصـلا •

كما أن نظام هذه الشركات قـد يتضمن القيود الاتفاقية التى ترد على حرية تداول أسهم رأس المـال ، بالاضافة الى القيـود القـانونية •

ومع ذلك فان الصكوك الممثلة لحصص العمل لا تمس رأس المـال ، لأن الحصة بالعمل كما سبق أن قلنـا ليست أموالا • فلا تدخل فى تكوين رأس المـال•ويترتب على ذلك أن دورها سـيؤدى بعيـدا عن تكوين رأس المـال ، والصعوبات التى تثار بصدده •

واذا كان دخول هذه الحصص فى شركات المساهمة يترتب عليه دخول شركاء لهم صفة الثبات ، لعدم قابلية هذه الحصص للتداول • فقد رأينا أن القيود الاتفاقية تقصد فى أهم أغراضها الى بقاء الأسهم فى أيدى أشخاص

معينين . وهذا يؤدى أيضا الى وجود شركاء دائمين ، على عكس الأصل فى شركات المساهمة .

٤٥٩ — هذا هو موقف القانون الوضعى ، وموقف شراحه فى مصر ، وفى فرنسا ، وما أبديته من ملاحظات على هذا الموقف ، ومناقشات لاعتراضات هؤلاء الشراح .

بعد ذلك يمكن أن نخلص — فى اطمئنان — الى رفض ما يبديه شراح القانون بخصوص الحصة بالعمل ، كحصة تدخل فى تكوين شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة .

ولا يغنى فى تبرير موقف القانون أن يقال أنه ينظر الى هذه الحصة نظرة ريبة ، كما جاء فى قول أحد الشراح الفرنسيين [1] بل على العكس كان يجب أن تكون هذه الريبة دافعا الى وضع القواعد التى تزيل أسبابها ، بدلا من الوقوف عند حد النظرة المرتابة .

---

(١) أسكارا بند ٥٢٣ .

خاتمة البحث

أما وقد انتهت هـذه المسيرة مع الحصة بالعمل من خلال مصاحبة الآراء والقواعد التى تناولتها وحددت ما تضطلع به من أدوار - يجدر بنا أن نقف قليلا لنلقى نظرة على مراحل هذه المسيرة ونتائجها .

١ - بدأت المسيرة باتجاه البحث الى استظهار موقف الشارع الاسلامى من عقد الشركة ، ولذلك كانت بداية الباب التمهيدى تحمل أدلة مشروعية الشركة .

ولعلها تكون بداية منطقية أن يبدأ البحث بدراسة اقرار الاسلام للشركات ، باعتبار أن اقرار الشارع لعقد ما هو البداية فى وضع القواعد التى تحكم هذا العقد .

ولما كان العمل هو أحد عنصرى الانتاج ، وكانت الشركات تجميعا للأموال والجهود ، كان الاقرار العام لعقد الشركة يتضمن اقراره للعمل الذى يدخل فى تكوين الشركات .

الا أن الاقرار الصريح للحصة بالعمل تعرفنا عليه فى اقرار الشارع لشركة المضاربة - باعتبارها الشركة التى يقدم فيها العمل بصفة أساسية كحصة فى تكوينها . وقد أجمع الفقهاء على جواز هذا النوع من الشركات .

ولما كان اقرار هذه الشركة ينصب على اقرار الحصة بالعمل ، فقد آثرت أن يكون دوره أثناء بحث الحصة بالعمل فى الاسلام من الناحية التاريخية .

٢ - وقد كان استظهار مشروعية الشركات فى الاسلام ، مسلما للبحث موضوعا آخر وثيق الصلة به ، هو موضوع أنواع الشركات ، فعرضت لهذه الأنواع فى الفقه الاسلامى الذى اختلفت مذاهبه بصددها ، وقد تبين أن نوعين منها قد انعقد اجماع الفقهاء على اجازتهما ، وهما شركتى العنان بالأموال والمضاربة . بينما اختلفت هذه المذاهب بصدد اجازة بقية الأنواع . ويعتبر المذهب الحنفى فى ذلك أوسع المذاهب الفقهية ، ولهذا اتخذته أساسا فى البحث . كذلك وضح من أقوال علماء هذا المذهب الوضع الذى تختص به المفاوضة والعنان . وعن طريق هذه الأقوال خلصت الى رأى خاص هو أن المفاوضة والعنان ليسا الا صياغة فقهية ، يمكن أن تصاغ فيها شركات الأموال والأبدان والوجوه . وعلى ذلك تكون أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى أربعة هى : الأموال والأبدان والوجوه والمضاربة .

٣ - انتقل البحث بعد ذلك الى عرض أنواع الشركات فى القانون الوضعى . وأصل هذه الأنواع فى الحقيقة ، شركات الأشخاص وشركات الأموال . أما بقية الأنواع فما هى الا أشكال يتخذها نوعا الشركة الحقيقيان . وهذا ما يصرح به القانون وشراحه .

وفى مقارنة بين أنواع الشركات فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى اتضح امكان رد شركات القانون الوضعى الى شركتى الأموال والمضاربة فى الفقه الاسلامى .

وبذلك تبينا استيعاب الفقه الاسلامى لأنواع واشكال الشركات فى القانون الوضعى.

هذا بالاضافة الى أن عرض أنواع الشركات قد ألقى الضوء أمام تحديد النطاق الذى تقدم فيه الحصة بالعمل .

٤ — اتجه البحث بعد ذلك — فى محاولة لبيان امكان اعتبار الشركة فى الفقه الاسلامى شخصا معنويا — الى عرض نظرية الشخصية المعنوية بايجاز فى نطاق القانون الوضعى . ثم الى تعقب أقوال المذاهب الاسلامية وما قررته فى بعض الحالات ، كحالة المسجد والوقف . وقد ثبت أن هذه الأحكام التى رتبت للمسجد والوقف لا يمكن الا أن تعتبر من نتائج الأخذ بفكرة الشخصية المعنوية وما يترتب عليها من وجود ذمة مستقلة . بل أن أقوال الفقهاء ذاخرة بما يمكن اعتباره جذورا مبكرة للنظريتين السائدتين فى الفقه الغربى حديثا فى الشخصية المعنوية ، وهما نظرية الحقيقة القانونية ، ونظرية الحقيقة الاجتماعية .

بعد هذا انتقلت الى مجال الشركات ، وبناء على تفسير بعض الأحكام التى قررتها مذاهب الفقه الاسلامى فى خصوصية الشركة ، أمكن الكشف عن أن فكرة الشخصية المعنوية قد وجدت مجالا للتطبيق فى هذا النطاق ، مما يتعين معه اعتبار الشركات أشخاصا معنوية ، دون أن يكون فى ذلك ادخال أفكار غريبة على الفقه الاسلامى .

٥ — وتختتم مسيرة الباب التمهيدى بالبحث فى مسئولية الشركاء عن ديون الشركة ، وكيفية ادارتها . فاذا كانت الشركة شخصا معنويا ، الا أن ذلك لا يجعلها تامة الاستقلال عن أشخاص الشركاء حيث تظل فى حاجة الى الأشخاص الطبيعيين لتولى أمورها وادارتها. وقد يكون ذلك واضحا فى شركات الأشخاص حيث تقف ذمم الشركاء المتضامنين الى جوار ذمة الشركة لضمان حقوق الدائنين .

واذا كان الشركاء المتضامنون مسئولين مسئولية مطلقة عن ديون الشركة ، فان الشركاء الموصين وكذلك المساهمين والشركاء فى الشركات ذات المسئولية المحدودة مسئولون عن هذه الديون فى حدود ما قدموه فى رأس المال.

وقد أبان البحث أن الشركاء فى شركات الفقه الاسلامى مسئولون مسئوليه مطلقة عن ديون الشركة ، ولا استثناء على ذلك الا فيما يختص بالشريك الذى يقدم عمله فقط ، فتتحدد مسئوليته بفقده لمقابل عمله . وفيما يتعلق بالتضامن بين الشركاء فلا تضامن الا بين الشركاء المتضامنين فى شركات الأشخاص . ولا تضامن فى شركات الفقه الاسلامى الا فى الشركات التى تتخذ شكل المفاوضة ، وكذلك اذا اتفق الشركاء على التضامن فى الشركات التى تتخذ شكل العنان وهنا نجد أصل الفكر القانونى الحديث بالنسبة للتضامن الذى يرى أن التضامن لا يفترض ، انما يقرره القانون أو الاتفاق .

وبالنسبة لشركة الأبدان يرى أبو يوسف من الحنفية أن التضامن فيها يكون بين الشركاء استحسانا ، نظرا لطبيعة العمل فيها . كذلك قرر التضامن بين الشركاء فى هذه الشركة كل من المالكية والحنابلة .

وببحث كيفية الادارة تبين اتفاق القانون والفقه الاسلامى فى أن الادارة حق لجميع الشركاء . كما وضح هذا الاتفاق مع غالبية الفقه الاسلامى فى اجازة انفراد أحد الشركاء أو أكثر بالادارة على أن أغلب من أجاز ذلك

من فقهاء الاسلام اشترط فى مقابل الانفراد بالادارة نصيبا من الأرباح ، بينما لم يجز الشافعية وحدهم تقرير مقابل لذلك • مع ملاحظة أن ادارة شركة المضاربة ينفرد بها الشريك صاحب الحصة بالعمل دون غيره •

ويعتبر بحث مسئولية الشركاء عن ديون الشركة ضروريا لايضاح طبيعةمسئولية صاحب حصة العمل عن هذه الديون ومداها •

٦ ــ فى الباب الأول اتجهت مسيرة البحث نحو التاريخ تستطلعه ظهور حصة العمل ، ومدى الحاجة العملية اليها • ثم اتجه البحث الى الحصة بالعمل يخلصها مما قد يشتبه بها ، ويميزها عن غيرها من الحصص • وبذلك خلصنا الى تعريف نختاره بشأنها ، فهى « ما يلتزم شريك أو أكثر بتقديمه من نشاط ايجابى مفيد ، بنية المشاركة فى تحقيق أغراض شركة ، فى مقابل نصيب من الأرباح مع تحمل نتائج ما قد يحدث من خسارة »

ومن ثم تناول البحث عناصر هذا التعريف• وبواسطة وصف النشاط بالايجابية أمكن استبعاد النفوذ أو الثقة التجارية من أن يكونا حصة عمل بمفردهما •

وعن طريق تقييد النشاط الايجابى بالفائدة، أمكن تحديد مضمون الحصة بالعمل • فهو كما تصورته التزامان أحدهما التزام بعمل والثانى التزام بامتناع • ويفيد ذلك فى أن وقوع الضرر يجعل الشريك مقدم هذه الحصة مخلا بالتزامه ، الا اذا اثبت السبب الخارجى• واتضح من خلال بحث مضمون الحصة بالعمل عدم دقة صياغة الفقرة الأولى من المادة٥١٢ مدنى حيث نسبت الكسب الذى يقدم عنه الحساب ، الى الشريك بالعمل • مما أثار الخلاف حول هذا النص بين شراح القانون ، ومن قبل من خلال مناقشات الاعمال التحضيرية •

٧ ــ وفيما يتعلق بنصيب هذه الحصة من الربح وتحمل نتائج الخسارة ، تناول البحث الأحوال المختلفة فى تقدير هذا النصيب • وتبين مدى الاهتمام الذى يعلقه الفقه الاسلامى على ضرورة تحديد مقدار هذا النصيب فى عقد الشركة • وقد استطاع البحث أن يكشف عن تطبيق الفقه الاسلامى لنظرية تحول العقد بصدد عقد شركة المضاربة •

فالمذهب الحنفى حاول انقاذ العقد من آثار البطلان ، فى حالة اشتراط الربح لأحد الشركاء فقط • فرأى أن يتحول عقد هذه الشركة فى هذه الأحوال اما الى عقد قرض واما الى عقد ابضاع •

وقد وضع القانون المدنى معيارا موضوعيا لتقدير نصيب هذه الحصة من الربح ، هو الفائدة التى تعود على الشركة من جراء هذه الحصة وذلك فى المادة ٥١٤/٣ •

أما عن الخسارة فقد تبين أن القانون يتصور أن صاحب الحصة بالعمل يتحمل من الخسارة عبئا ماليا بالاضافة الى فقده نصيبه من الربح ، وهذا ما اتضح لنا من نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدنى ، التى أجازت الاتفاق على اعفاء هذا الشريك من المساهمة فى الخسائر • وهذا ما اتضح أيضا من أقوال بعض الشراح •

وهذا بعكس ما اتضح لدى الفقه الاسلامى، الذى حصر أعباء هذا الشريك عند الخسارة فى فقده نصيبه المشروط له من الربح • وقد كان مسلك الفقه الاسلامى متفقا مع طبيعة هذه الحصة •

وترتب على الأخذ بما يراه الفقه الاسلامى فى هذا الصدد أن تثور حالة صاحب الحصة

بالعمل اذا كان شريكا متضامنا فى شركات الاشخاص اذ يجعله هذا الوضع مسئولا مسئولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة • وقد استطعنا الانتهاء الى أنه لا تعارض بين هذا الوضع وبين مسئولية هذا الشريك • فهو باعتباره قائما بالادارة وحده — فى الفقه الاسلامى — يطالبه دائنو الشركة بما لهم قبلها ولا يجب أن يدفع هذه المطالبة • بل عليه أن يوفى حقوقهم ويرجع على سائر الشركاء بما وفاه • وبذلك وجدنا التأصيل الفقهى لما استطعنا الخلوص اليه •

٨ — ثم تناول البحث بعد ذلك مسألة تقويم الحصة بالعمل ، وهى مسألة ثار الجدل حولها وقال أغلب الشراح المصريين بأن هذه الحصة لا تقبل التقويم بالنقود •

وقد انتهى البحث الى اثبات قابليتها لهذا التقويم ، والى أن سبيله اتخاذ معيار الفائدة التى تعود على الشركة ، وهو المعيار الذى أورده القانون المدنى لتحديد نصيب هذه الحصة من الربح ، معيارا للتقويم ، اذا سكت الشركاء عنه •

كما تبين أن هذه المسألة لم تثر فى الفقه الاسلامى ، حيث أجمعت مذاهبه على أن العمل يتقوم بالمال •

كذلك استطاع البحث أن يصل الى تحديد عناصر هذا المعيار ، حتى يصل الى تقويم عادل •

٩ — وفى الفصل الرابع من هذا الباب تناول البحث أحوال صاحب الحصة بالعمل اذ يعتبره الفقه الاسلامى آمينا ووكيلا وشريكا • فهو أمين بحيازته أموال الشركة • ووكيل بتصرفه عنها ، وشريك فى الربح اذا تحقق •

واقتضى هذا البحث تناول ما يترتب على اعتبار هذا الشريك أمينا ، وكذلك تحديد مدى وكالته ، وقد تبين أنه وكيل من نوع خاص حيث يختلف فى كثير من التصرفات عن الوكيل العادى •

كما اتضح أن صفته كشريك تتأكد بتحقق الربح •

ثم يمم البحث نحو طبيعة الالتزام بتقديم الحصة بالعمل فى القانون ، وخلصنا الى أن هذا الالتزام يعتبر تجاريا دائما ، أى سواء كان مقدم الحصة شريكا متضامنا أو شريكا موصيا • فلا يجب اعتبار هذا الالتزام مدنيا بسبب وقوعه على العمل ، ذلك أنه اذا كان هذا الشريك متضامنا فهو الذى يدير الشركة ، أو على الأقل يدخل اسمه فى عنوانها ، وعلى ذلك يكون التزامه تجاريا • أما اذا كان موصيا فان التزامه بتقديم حصته يكون مع مجموع الأعمال والالتزامات نشاط الشركة التجارى• وقد رأينا أنه لم تثر فى الفقه الاسلامى مسألة تجارية أو مدنية الالتزام •

كما استخلصنا فى صدد حقوق الدائنين على الحصة بالعمل أنه ليس لهم فى مطالبة مقدم هذه الحصة الا استعمال الدعوى غير المباشرة لتقديمها اذا كان موصيا • وذلك لعدم دخول هذه الحصة فى ضمان الدائنين • فهم يطالبون الشريك بتقديمها نيابة عن الشركة ، فليس لهم من حقوق سوى حقوقها • كما أن لهذا الشريك أن يدفع فى مواجهتهم بأى دفع يكون له قبل الشركة • أما اذا كان متضامنا فللدائنين الحق فى استعمال الدعوى المباشرة لمطالبته باداء حصته وذلك تبعا لما لهم من حق فى مطالبته بديون الشركة •

ويكتسب مقدم الحصة بالعمل صفة التاجر كما يحددها القانون ، اذا كان شريكا متضامنا، والفرض أنه فى شركة تجارية ، لأنه يكتسب صفته هذه تبعا لصفة الشركة • وعلى ذلك

أوضح البحث أنه يمكن آن يشهر افلاسه اذا توقفت الشركة عن دفع ديونها • وذلك بالرغم من تحديد حصته فى الخسائر فى حدود ما يفقده من نصيب فى الأرباح • وفى هذا الصدد أمكن — ايضاحا لموقف هـذا الشريك — التفرقة بين علاقته مع شركائه وعلاقته مع الغير ، فبالنسبة لعلاقته مع الدائنين ، يكون عليه أن يوفى ديون الشركة المستحقة لهم عند طلبها ، ولا يستطيع لمطالبتهم دفعا بحجة وضعه الخاص • أما فى علاقتــه مع بقيــة الشركاء فانه يرجــع عليهم بجميع ما وفاه عن الشركة •

وقد وجدت السند لذلك فيما جاء فى أقوال علماء الفقه الاسلامى •

وبالنسبة لأهلية مقدم هذه الحصة توصل البحث الى أن طبيعة المهام التى توكل اليه وما تحتاجه من خبرة ومراس — فهو يقوم بعمل غير عادى ، أى ذى أهمية خاصــة — تستلزم أن يكون له من الأهلية ما يمكنه من القيام بها على خير وجه • لذلك يجب أن يكون كامل الأهلية أو على الأقل مأذونا فى التجارة وذلك اذا كان متضامنا • أما اذا كان موصيا فيكتفى — من حيث الأصــل — بالتمييز مع الاذن •

وقد كان ذلك على هدى من أقوال المذاهب التى اشترطت فى المضارب كمال الأهلية ، أو على الأقل التمييز مع الاذن له فى التجارة • وفى هذا الصدد رأينا مسلك المذهب الحنفى ، وكيف يمكن أن يكون هذا الشرط جائزا فيه •

١٠ — اتجه البحث فى الباب الثانى شطر وضع الحصة بالعمل فى أدوار حياة الشركة ، وكذلك نحو بيان النطاق الذى تقدم فيه •

ففى خلال قيام الشركة يقصر الفقه الاسلامى أعمال ادارة الشركة على صاحب هذه الحصة ، وقد توصل البحث الى أن ذلك يعتبر تطبيقا لفكرة فصل الرابطة بين الادارة والملكية •

وبصـــدد ادارة الشركة لا يقول القــانون شيئا خاصا بصاحب الحصة بالعمل ، انما ترك موضوع الادارة برمته لقواعد عامة تطبق على من يتولى الادارة من الشركاء ، وقد اقتضى هذا البحث بيان السلطات المخولة لهذا الشريك فى الفقــه الاسلامى بصــفته مديرا • وهى سلطات تتدرج فى الأهمية والخطورة فمنهــا ما يخوله مطلق العقــد ، ومنهــا مــا يخولــه بالتفويض العــام ، وأخطرهــا ما لابد من النص الخاص عليه صراحة •

وقد اتخذت ما يراه المذهب الحنفى — نظرا لوضوحه وتفصيله — أســاسـا لبحث هــذا الموضــوع ، ثم عرضت لمــا تراه المــذاهب الأخرى على ضوء ما يراه الحنفية •

١١ — بعد ذلك تناول البحث وضع حصة العمل فى الفروض التى تفسد فيها الشركة ، وقد مهدت له بعرض الأسباب التى تؤدى الى فســادها •

وقد رأى الفقــه الاسلامى فى غالبيته — لفساد شركة المضــاربة — اعتبار صــاحب الحصــة بالعمل أجيرا يقرر له أجر المثل • والأساس فى ذلك يرجع الى أن الفقه الاسلامى فى مجموعة يرى أن هذه الشركة قد أجيزت على خــلاف قياس الاجازة ، لمــا فيهــا من العمل المجهل ، والعوض غير المحدد • ففسادها يترتب عليه عودتها الى مجــال الاجــارات الفاسدة • وهذا هو السبب فى تقرير أجر المثل لصاحب هذه الحصــة • على أن ذلك الحكم لا يفقده صفته كأمين ، وذلك فى الرأى الغالب ، وتنفذ جميع تصرفاته التى أبرمهــا لحســاب الشركة الفاسدة ، نظرا لأنه تصرفها وله الولاية فى مباشرتها • وقد استنبطت من تقرير نفاذ

هـذه التصرفـات وجود مبـدأ فكرة الشركة الفعلية التى دخلت نطاق القانون أخيرا على يد القضـاء •

أما القانون فلم يضع قاعدة خاصة فى صدد الحصة بالعمل اذا بطلت الشركة ، تاركا الأمر للقواعد العامة التى تطبق على سائر الشركاء•

١٢ — وفى تناول البحث لوضع حصة العمل فى أدوار حياة الشركة عرض لفترة التصفية ، واقتضى هذا العرض تمهيدا له يتضمن الطرق التى تنقضى بها الشركة •

ويرى الفقـه الاسلامى فى غالبيته جـواز استمرار شركة المضاربة بعد وفاة أحد الشركاء مع الورثة اذا كانت تتوفر لديهم الأهلية التى تشترط فى مقدم هذه الحصة ، هذا بالاضافة الى توفر الأمـانة والخبرة فى نوع نشـاط الشركة •

أما بالنسبة لموقف القـانون ، فقـد أجاز الاتفاق بين الشركاء على استمرار الشركة مع ورثة من يتوفى منهم • وقد ثارت الصعوبات بشأن ورثة الشريك المتضامن اذا كانوا قصرا، مما جعل القضاء يلجأ الى وضع حلول تقف الى جانب الناحية العملية ، والحماية المقررة للقصر • الا أنها ما زالت تفتقر الى السـند القـانونى •

ومع ذلك فقد أوضح البحث — بالاضافة الى الحاجة الى السند القانونى لمـا يذهب اليه القضاء — الحاجة الى نصـوص خاصة بحصة العمل وذلك لمـا يثور من صعوبات أخـرى لا تستطيع الحلول القضـائية أن تعالجها • فقد رأينا أنه لا شىء لهؤلاء الورثة يرثونه فى رأس مال الشركة يجعل لهم الحق فى أن يحلوا محل مورثهم فيهـا •

وقد قدمت الحل فى هذا الشأن على هدى مما يذهب اليه الفقه الاسلامى •

فاذا لم يتم الاتفاق على استمرار الشركة يذهب الفقه الاسلامى فى مجموعه الى أن بيع سلع وموجودات شركة المضاربة من اختصاص صاحب الحصة بالعمل ، أو وصية اذا كان هو الذى توفى — عند الحنفية — أما بقية المذاهب فتعطى هذا الحق لورثته •

على أنه اذا تم الاتفاق على استمرار الشركة فقد رأى غالبية من أجازوا هذا الاستمرار أنه بداية شركة جـديدة ، وان قامت على نفس المشروع ، حتى أنهم اشترطوا فى رأس المـال ما يشترط فيه عند تكوين الشركة •

أما فى حـالة الانتهاء بالفسـخ ، فالبعض يشترط ألا ينفذ الفسخ اذا كانت أموال الشركة سلعا ، وهؤلاء هم الحنفية والمـالكية • أما غيرهم فيرى جواز الفسخ على أى حال كانت أموال الشركة ، ومع هذا قرروا اعطاء صاحب الحصـة بالعمـل الحق فى بيع الأموال غير السائلة •

وقد أوضح البحث أن هذا الأختلاف ، هو اختلاف فى الوسيلة ، والتقاء فى النتيجة •

وعن استيفاء ديون الشركة اختلف الحكم فى الفقـه الاسـلامى ، فعند الحنفية والزيدية لا يلزم صاحب الحصة بالعمل باستيفاء ديون الشركة الا اذا كان فى أموالها ربح •

فاذا لم يكن ربح سقط عنه هذا الالتزام ، لكى لا يكلف بعمل لا مقابل له • ووفقا لهذا الرأى يكون الوفاء بحصة العمل قد تم عنـد انتهاء الشركة دون أن يكون فى أموالها ربح•

ويرى الشـافعية والمـالكية والحنـابلة والامامية أن صاحب الحصـة بالعمل ملتزم

باستيفاء الديون سواء كان فى أموال الشركة ربح أم لا • وحجتهم فى ذلك أنه دخل الشركة موطنا نفسه على هذا العمل • الا أنهم أباحوا الاتفاق على اعفاء هذا الشريك من هذا الالتزام •

ووفقا لهذا الرأى لا يكون الوفاء بحصة العمل تاما الا بعد استيفاء حقوق الشركة •

وفى هذا الصدد نصل الى رأى مستمد من الاتجاهين معا ، هو أن يتحمل صاحب الحصة بالعمل الالتزام باستيفاء الديون اذا كان الفسخ من جانبه ، اذا لم يكن فى أموال الشركة ربح ، لأنه قد يكون تاركا للشركة بارادته المنفردة بقصد الاضرار بها ، ولا يجبر على ذلك اذا كان الفسخ قد وقع من جانب أحد الشركاء أصحاب حصص رأس المال •

وفى القانون الوضعى تجرى تصفية الشركة وفق قواعد عامة فى القانون المدنى ، وذلك اذا لم ينص على كيفية التصفية فى عقد الشركة • وعلى ذلك تنطبق هذه القواعد على الشريك بالعمل • فقد يكون مصفيا وقد لا يكون كذلك وفقا لما يتم عليه الاتفاق ، أو يقضى به القضاء ••

وقد خلصت برأى فى هذا الصدد يرجح قيام المديرين باجراءات التصفية الا اذا كان انتهاء الشركة بسبب عزل المدير • ويعتبر هذا أصلا يجوز اتفاق الشركاء على خلافه •

وأساس هذا الرأى هو الاعتبارات العملية وتجنب فتح أبواب النزاع فى هذه الفترة •

وكذلك انتهيت الى أن الوفاء بحصة العمل لا يكون تاما عند انتهاء الشركة دائما ، بل تقتضى بعض الحالات أن لا يتم الوفاء بها الا بعد الانتهاء بمدة أخرى بحيث يستمر مقدمها فى الأداء فى فترة التصفية • وأوضح البحث الحاجة الى قاعدة خاصة تنظم ما يتصل بهذه الحالة تخليصا للمعاملات من أى نزاع •

١٣ — وفيما يختص ببحث النطاق الذى تقدم فيه حصة العمل ، انتهينا الى أن شركات الأموال فى الفقه الاسلامى يجوز أن توجد فيها حصص العمل • أما فى القانون الوضعى فيرى الشراح فى مصر اقتصار تقديم هذه الحصة على شركات الاشخاص ، دون شركات المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة • ويرى أغلبهم أن هذه الحصة فى شركات الأشخاص يقتصر تقديمها على الشركاء المتضامنين فقط •

ولهم فى تأييد رأيهم حجج ، تتمثل فى أن هذه الحصة لا تكون ضمانا للدائنين ، وأن صفتها الشخصية تتعارض مع طبيعة شركات المساهمة كما لا يمكن الوفاء الفورى بهذه الحصة ، وهذا ما يشترطه القانون فى الحصص العينية • كما أن العرف يتعارض مع تقديمها فى هذه الشركات •

وقد ناقشت هذه الحجج وتمكنت من الرد عليها ، مما أدى الى الوصول الى امكان تقديم حصص العمل فى شركات المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة •

وقد اقتضى البحث أن أعرض لموقف الفقه الفرنسى — القاء للضوء على موقف الشراح فى مصر — وهو يقول فى غالبيته بالمبررات التى يرفض على أساسها الشراح المصريون تقديم حصة العمل فى هذه الشركات ، ومع ذلك فلا يمانع من دخول حصة العمل اليها اذا قولبت بأسهم صناعية أو حصص تأسيس ترتب

حقا على الأرباح دون مساس برأس المال . ولكن هذا الفقه مع ذلك لا يعطى الحصة بالعمل حقوقها كاملة كما رأيناها فى الفقه الاسلامى .

فالشراح الفرنسيون لا يرون أن يخول مقدم هذه الحصة الا الاشتراك فى الأرباح دون الادارة ودون المشاركة فى فائض القسمة، واشترط بعضهم للمشاركة فى فائض القسمة الاتفاق الصريح .

ويوجد رأى غير راجح فى الفقه الفرنسى يقرر وجوب دخول هذه الحصة فى رأس مال الشركة المساهمة ، واشتراكها فى الادارة والأرباح ، وكذلك اقتسام فائض القسمة .

وقد انتهينا الى موقف لا يأخذ بأى من الاتجاهين الراجح والمرجوح على اطلاقهما .

ذلك أننا لا نسلم دخول حصة العمل ضمن رأس المال ، فهى حصة غير مالية وان قبلت التقويم المالى ، كما لا نسلم حرمان هذه الحصة من المشاركة فى الادارة أو فائض القسمة .

وعلى هدى مما يقرره الفقه الاسلامى قدمت القواعد التى تحكم الحصة بالعمل فى حالة تقديمها فى شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة .

١٤ — وقد وضح — بوجه عام — من هذه الأبحاث أن الفقه الاسلامى وضع قواعد خاصة وتفصيلية للحصة بالعمل بعد أن وضع أساس النظرية العامة فى الشركات ، وهو وان كان قد وضعها منذ زمن بعيد الا أن صلاحيتها قد ثبتت لحكم هذه الحصة فى عصرنا الحاضر . بل هو قد وصل الى نظريات حديثة جدا فى هذا الخصوص ، كفكرة انفصام الرابطة بين الملكية والادارة ، التى يعتبرها الشراح أحد مظاهر التطور الحديث، ويفاخرون بها على أساس من هذا النظر .

والفقه الاسلامى بمسلكه هذا قد برز سبقه على مسلك القانون الذى لم يتناول هذه الحصة الا فى ثلاثة نصوص ، تقصر ولا شك عن حكم هذه الحصة فى هذا العصر الاجتماعى الاتجاه .

لذلك ننبه الى وجوب الاهتمام بدراسة أوضاعنا القانونية على ضوء من مبادىء الشريعة الاسلامية ، لا سيما ومجتمعنا الآن يمر فى مرحلة تطور جذرى ، يجدر أن يكون موصلا الى دعم الكيان المستقل لهذه الأمة وابراز شخصيتها التى لم يرض الله عز وجل لها أن تكون تابعة . فكان الوحى الالهى متضمنا أصول ومبادىء تشريعاتها ، ذلك أن أى أمة لن تستقل الا اذا استقلت — على وجه الخصوص — فى ثقافتها وتشريعاتها . وليس معنى ذلك أن نغض الطرف عما لدى الآخرين، فالحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحق الناس بها . انما الذى أقصده أن تحكم معاملاتنا قواعد نابعة من ضميرنا وبيئتنا ، وأن ندخل بها الى المجال العالمى مؤثرين وليس متأثرين فقط .

وأخيرا أرجو الله تعالى أن تكون هذه الابحاث عونا يقدم لأى تحول متوقع .

وأتوجه اليه سبحانه بخالص الحمد على ما وجهنى اليه . وما وفقنى فيه .

واذا كنت قد وقعت فى خطأ ، فانما أتمثل الامام الشافعى رضى الله عنه بعد أن راجع كتابه « الرسالة » مرات عديدة تناولها فى كل مرة بالتصحيح . ثم توجه الى الله قائلا : سبحانك فقد شاءت ارادتك أن يتفرد كتابك بالسلامة عن الخطأ .

المراجع

١ ــ كتب الحديث

محمد بن يزيد بن ماجه (٢٧٣ هـ) مسندابن ماجه ــ المطبعة العلمية ــ القاهرة ١٣١٣ هـ .

أبو داوود سليمان بن الأشعث (٢٧٥ هـ) مسند أبى داوود ــ بهامش شرح الزرقانى على الموطأ ــ القاهرة ١٣١٠ هـ .

جمال الدين يوسف الزيلعى (٧٦٢ هـ) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية ــ طبع الهند ١٢٩٩ هـ

محمد بن على بن محمد الشوكانى (١٢٥٥ هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ــ مطبعة البابى الحلبى بالقاهرة ١٣٤٧ هـ .

٢ ــ الفقــه الاسلامى

أولا : الفقــه الحنفى

محمد بن الحسن الشيبانى (١٨٩ هـ) الجامع الكبير ــ مخطوط مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٨٨٩٦ جـ ــ الجامع الصغير ــ بهامش الخراج لأبى يوسف ــ المطبعة الأميرية ــ القــاهرة ١٣٠٢ هـ ــ الآثار ــ طبع الهنــد ــ مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٨١٩ ب ــ جزء من الأمالى (الكيسانيات) طبع الهنــد ١٣٦٠ هـ .

أحمد بن سلامة الطحاوى (٣٢١ هـ) مختصر الطحاوى ــ دار الكتاب العــربى القاهرة ١٣٧٠ هـ .

أبو الليث السمرقندى (٣٧٣ هـ) خزانة الفقــه ــ مخطوط ــ مكتبة محافظــة الاسكندرية رقم ٣٠٨٣ جـ .

أبو الحسن أحمد القدورى (٤٢٨ هـ) مختصر القدورى ــ طبع الآستانة ١٣١٢ هـ .

محمد بن سهيل السرخسى (٤٣٨ هـ) المبسوط ــ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤هـ.

علاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) تحفة الفقهاء ــ تحقيق د. زكى عبد البر ــ مطبعة جامعة دمشق ١٣٧٩ هـ .

أحمد محمد عمر العتابى (٥٨٦ هـ) جامع الفقه ــ مخطوط بدار الكتب رقم ١٩٣ .

أبو بكر بن مسعود الكاسانى (٥٨٧ هـ) بدائع الصــنائع فى ترتيب الشرائع ــ مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ .

على بن أبى بكر عبد الجليل المرغينانى (٥٩٣ هـ) الهداية شرح بداية المبتدى ــ مطبو عـعلى هامش فتح القدير (أنظر ما سيأتى) .

عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى (٦٨٣ هـ) الاختيار لتعليل المختار ــ مراجعة الشيخ محمود أبو دقيقة ــ القاهرة ١٣٥٦ هـ .

عثمان بن على الزيلعى (٧٤٢ هـ) تبيين الحقــائق ــ شرح على كنز الدقائق ــ المطبعة الأميرية ــ القاهرة ١٣١٣/١٣١٥ هـ .

أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى (٧٨٦ هـ) العناية ــ شرح على الهداية ــ مطبوع على هامش فتح القدير (أنظر ما سيأتى) .

محمد العبادى الحدادى (٨٠٠ هـ) الجوهرة النيرة ــ شرح مختصر القدورى ــ المطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣٢٢ هـ .

جلال الدين الخوارزمى الكرلانى (٨٠٠ هـ) الكفاية ــ شرح على الهداية ــ مطبوع على هامش فتح القدير ــ المطبعة الميمنية ١٣١٩ هـ .

محمود بن اسماعيل سمادة (٨٢٣ هـ) جامع الفصوليين — المطبعة الأميرية — ١٣٠٠ / ١٣٠١ هـ .

معين الدين الهروى المعروف بمنلامسكين (٨٥٠ هـ) شرح على الكنز — مطبوع على هامش حاشية أبى السعود — القاهرة ١٢٨٧ هـ .

كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بالكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) فتح القدير اتمه قاضى زاده — المطبعة الاميرية ١٣١٧ هـ .

محمد بن فراموز بن على الشهير بمنلاخسرو (٨٨٥ هـ) المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣٠٤ هـ .

سعد الله عيسى الشهير بسعدى جلبى (٩٤٥ هـ) حاشية على العناية والهداية — مطبوع على هامش فتح القدير (انظر ما سبق) .

محمد القهستانى الخراسانى (٩٦٣ هـ) جامع الرموز — شرح على النقايه مختصر الوقايه — طبع قزان ١٣١٦ هـ .

زين الدين بن ابراهيم بن نجيم (٩٧٠ هـ) الاشباه والنظائر — المطبعة الحسينية بالقاهرة ١٣٢٢ هـ — البحر الرائق — مخطوط مكتبة محافظة اسكندرية رقم ٢٣٥٧ ب .

قاضى زاده (٩٩٨ هـ) نتائج الأفكار — تكملة فتح القدير (انظر ما سبق) .

شهاب الدين أحمد الشلبى (١٠٠٠ هـ) الفوائد الرقائق — مطبوع بهامش الزيلعى (انظر ما سبق) .

حسن بن عمار بن على الوفائى الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) غنية ذوى الأحكام فى بغية دور الحكام — مطبوع بهامش درر الحكام (انظر ما سبق) .

مجموعة من علماء الهند (١٠٧٠ هـ) الفتاوى العالمكيرية — **دار الطباعة العامرة** ١٢٧٦ هـ .

علاء الدين محمد الحصنى المعروف بالحصفكى (١٠٨٨ هـ) الدر المختار شرح تنوير الأبصار — مطبوع على هامش جامع الرموز (انظر ما سبق) .

السيد محمد أبو السعود (١٦٠ هـ) فتح الله المعين — حاشية على شرح الكنز لمنلامسكين — مطبعة جمعية المعارف بالقاهرة ١٢٨٧ هـ .

محمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) رد المحتار على الدر المختار — المطبعة الأميرية — القاهرة ١٣٢٥ هـ — العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية — المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٧٣ هـ .

عبد الغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى اللباب فى شرح الكتاب — حاشية على القدورى مطبوع بهامش الجوهرة (انظر ما سبق) .

عبد القادر الرافعى (١٣٢٣ هـ) التحرير المختار على رد المحتار — المطبعة الاميرية بالقاهرة ١٣٢٣/١٣٢٤ هـ .

ثانيا : الفقه المالكى

الامام مالك بن أنس الأصبحى (١٧٩ هـ) المدونة الكبرى — رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم — مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٣ هـ الموطأ ، بهامش الباجى (أنظر ما سيأتى) .

سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى (٤٩٤ هـ) المنتقى شرح موطأ الامام مالك — مطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ .

محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) (٥٩٥ هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٥٧ هـ .

محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن جزىء (٧٤١ هـ) القوانين الفقهية — طبع تونس ١٣٤٤ هـ .

محمد بن يوسف بن أبى القاسم الشهير بالمواق (٨٩٧ هـ) التاج والاكليل لمختصر خليل — مطبوع بهامش مواهب الجليل (أنظر ما سيأتى) .

جلال الدين عبد الرحمن السيوطى الشافعى (٩١١ هـ) تنوير الحالك شرح على موطأ مالك — مطبعة محمد على صبيح — القاهرة ١٣٥٣ هـ .

محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (٩٥٤ هـ) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — مطبعة السعادة — القاهرة ١٣٢٩ هـ .

أبو عبد الله محمد الخرشى (١١٠١ هـ) شرح الخرشى على مختصر خليل — القاهرة ١٧٩٩ هـ .

أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى (١١٢٥ هـ) الفواكه الدوانى على رسالة أبى زيد القيروانى وبهامشه الرسالة — مطبعة السعادة — القاهرة ١٣٣١هـ

محمد بن عبد القادر الزرقانى (١١٢٢ هـ) شرح الزرقانى على الموطأ . المطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣١٠ هـ .

على العدوى الصعيدى (١١٨٩ هـ) حاشية على شرح الخرشى — مطبوع بهامش الخرشى (أنظر ما سبق) .

أحمد الدردير (١٢٠١ هـ) الشرح الكبير — مطبوع بهامش حاشية الدسوقى (أنظر ما سيأتى) — الشرح الصغير — مطبوع بهامش بلغة السالك للصاوى (أنظر ما سيأتى) .

عرفه الدسوقى (١٢٣٠ هـ) حاشية على الشرح الكبير — المطبعة الأميرية ١٣١٩ هـ.

أحمد الصاوى (١٢٤١ هـ) بلغة السالك لأقرب المسالك — حاشية على الشرح الصغير — المطبعة الأدبية بالقاهرة ١٣٢٠ هـ .

ثالثا : الفقه الشافعي

الامام محمد بن ادريس الشافعي (٢٠٤ هـ) الأم ـ المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٢١ هـ

اسماعيل بن يحيى المزنى (٢٦٤ هـ) مختصر المزنى ـ مطبوع على هامش الأم .

ابراهيم بن على الشيرازى (٤٧٦ هـ) المهذب ـ دار الكتب العربية بالقاهرة ١٣٣٣هـ التنبيه ـ دار الكتب العربية بالقاهرة ١٣٢٩ هـ .

محمد بن محمد أبو حامد الغزالى (٥٠٥ هـ) الوجيز ـ مطبعة الآداب القاهرة ١٣١٧هـ

عبد الرحمن بن محمد بن حسين باعلوى (٥٤٢ هـ) بغية المسترشدين ـ المطبعة الميمنية ١٣٢٥ هـ .

يحيى بن شرف النووى (٦٧٦ هـ) منهاج الطالبين وعمدة المفتين ـ مطبعة بولاق ١٢٩٥ هـ ـ تصحيح التنبيه ـ بهامش التنبيه (أنظر ما سبق) .

جلال الدين عبد الرحمن السيوطى (٩١١ هـ) الاشباه والنظائر ـ طبع مكة ١٣٣١ هـ.

زكريا الأنصارى (٩٢٦ هـ) أسنى المطالب شرح روض الطالب لاسماعيل بن أبى بكر المعروف بابن المقرى ـ القاهرة ١٣١٣ هـ ـ منهج الطلاب ـ مطبوع بهامش حاشية البجيرمى (أنظر ما سيأتى) ـ شرح التحرير ـ مطبوع بهامش الشرقاوى (أنظر ما سيأتى) .

شهاب الدين أحمد الرملى الكبير (٩٥٧ هـ) حاشية على أسنى المطالب ـ مطبوع بهامش أسنى المطالب (أنظر ما سبق) .

أحمد شهاب الدين بن محمد بن حجر (٩٧٤ هـ) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ـ المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٠ هـ .

زين الدين بن عبد العزيز المليبارى (من علماء القرن العاشر الهجرى) فتح المعين شرح قرة العين ـ مطبوع بهامش ترشيح المستفيدين (أنظر ما سيأتى) .

ولى الدين البصير (من علماء القرن العاشر الهجرى) النهاية شرح على متن الغاية والتقريب ـ مطبعة الاستقامة ـ القاهرة .

محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤ هـ) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ـ المطبعة الزاهية القاهرة ١٣٠٤ هـ .

على بن على الشبراملسى (١٠٨٧ هـ) حاشية على نهاية المحتاج ـ مطبوع بهامشه (أنظر ما سبق) .

أحمد بن عبد الرازق الرشيدى (١٠٩٦ هـ) حاشية على نهاية المحتاج بهامشه .

سليمان بن عمر بن محمد البجيرمى (١٢٢١ هـ) التجريد لنفع العبيد حاشية على شرح المنهج ـ دار الطباعة الكبرى بولاق ١٢٩٢ هـ .

عبد الله بن حجازى الشرقاوى (١٢٢٧ هـ) حاشية على شرح التحرير للانصارى ـ القاهرة ١٢٩٨ هـ .

ابراهيم الباجورى (١٢٧٧ هـ) حاشية على شرح بن القاسم ـ القاهرة ١٢٨٥ هـ .

علوى بن السيد أحمد السقاف ترشيح المستفيدين بتوشيح قرة العين ـ المطبعة الميمنية ١٣١١ هـ .

رابعا : المذهب الحنبلى

أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية (٧٢٨ هـ) نظرية العقد ـ تحقيق محمد حامد الفقى ـ القاهرة ١٣٦٨ هـ ـ القواعد النورانية الفقهية ـ تحقيق محمد حامد الفقى ـ القاهرة ١٣٧٠ هـ .

منصور بن يونس البهوتى (حوالى ١٠٠٠ هـ) شرح منتهى الأرب مطبوع على هامش كشاف القناع .

منصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) كشاف القناع عن متن الاقتناع ـ المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣١٩ هـ .

عبد القادر بن عمر الشيبانى (١١٣٥ هـ) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ـ المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٨٨ هـ .

خامسا : المذاهب الأخرى

(أ) الفقه الظاهرى :

على بن أحمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦ هـ) المحلى ـ الطباعة المنيرية بالقاهرة ١٣٥٠ هـ .

(ب) الشيعة الزيدية :

أبو الحسن زيد بن على (١٢٢ هـ) مجموع الفقه ـ مطبعة المنار ١٣٤٠ هـ .

أحمد بن يحيى بن المرتضى (٨٤٠ هـ) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ـ مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ .

محمد بن يحيى بهران الصعدى (٩٥٧ هـ) جواهر الاخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ـ مطبوع مع البحر الزخار .

(جـ) الشيعة الأمامية :

محمد بن الحسن بن على الطوسى (٤٦٠ هـ) مسائل الخلاف فى الفقه ـ طهران ١٣٧٠ هـ .

نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى (٦٧٦ هـ) المختصر النافع فى فقه الشيعة الأمامية طبعة وزارة الأوقاف القاهرة ١٣٧٦ هـ .

محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى الموسوى العاملى (١٢٢٦ هـ) مفتاح الكرامة ـ مطبعة الشورى القاهرة ١٣٢٦ هـ .

سادسا ـ الفقه المقارن وكتب القواعد وفنون اخرى

ابو محمد عبد الله احمد بن محمد بن قدامة المقدسى (٦٢٠ هـ) المغنى على مختصر الحزقى (٣٣٤ هـ) .

احمد بن ادريس عبد الرحمن القرافى (٦٨٤ هـ) الفروق ـ طبع تونس ١٣٠٢ هـ .

قاسم بن عبد الله الانصارى المعروف بابن الشاط (٧٢٣ هـ) ادرار الشروق على انوار البروق بهامش الفروق (انظر ما سبق) .

محمد بن قيم الجوزية المعروف بابن القيم (٧٥١ هـ) اعلام الموقعين الطباعة المنيرية بالقاهرة .

عبد الوهاب الشعرانى (٩٧٣ هـ) الميزان الكبرى ـ المطبعة الأزهرية ١٣١٧ هـ .

يحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠ هـ) الافصاح عن معانى الصحاح ـ طبع حلب ١٣٤٧ هـ .

سابعا : المؤلفات الحديثة

فى الفقه الاسلامى (١)

سيد عبد الله حسين ــ المقارنات التشريعية ــ القاهرة ١٩٤٧ م .

شفيق شحاته ــ النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ــ القاهرة ١٩٣٦م

صبحى محمصانى ــ فلسفة التشريع فى الاسلام ــ بيروت ١٩٥٢ م .

عبد الرازق أحمد السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ــ القاهرة ١٩٥٨م.

على الخفيف ــ مختصر أحكام المعاملات الشرعية ــ القاهرة ١٩٥٢ م .
الشركات فى الفقه الاسلامى ــ القاهرة ١٩٦٢ م .

محمد أبو زهرة ــ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ــ القاهرة ١٩٣٩ م.

محمد عبد الله العربى ــ محاضرات فى النظم الاسلامية ــ مطبوعات معهد الدراسات الاسلامية ــ القاهرة ١٩٦٥ م .

محمد مصطفى شلبى ــ تعليل الاحكام ــ القاهرة ١٩٤٩ م ــ المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ــ القاهرة ١٩٦١ ، ١٩٦٦م.

محمد وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ــ القاهرة ١٩٦٠م

محمد يوسف موسى ــ المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ــ القاهرة ١٩٦١ م .

مصطفى الزرقا ــ المدخل الفقهى العام ــ دمشق ١٩٥٩ م .

---

(١) مرتبه حسب الحروف الابجدية للمؤلفين .

٣ — فى فقه القانون الوضعى

أولا : القانون المدنى

اسماعيل غانم — محاضرات فى النظرية العامة للحق — القاهرة ١٩٦٦ م .

حسن كيره — أصول القانون — اسكندرية ١٩٦٠ م .

شمس الوكيل — النظرية العامة للحق — اسكندرية ١٩٥٢ م .

عبد الحى حجازى — عقد المدة — القاهرة ١٩٥٠ — النظرية العامة للالتزام — القاهرة ١٩٥٤ م .

عبد الرازق أحمد السنهورى — الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — الأجزاء ١ ، ٢ ، ٣ ، ٥ — القاهرة ١٩٥٢/١٩٦٢ م .

فتحى عبد الصبور — الوسيط فى عقد العمل الفردى — القاهرة ١٩٦١ م .

محمد حلمى مراد — قانون العمل — القاهرة ١٩٦١ م .

محمد كامل مرسى — العقود المسماة — الجزء الثانى — القاهرة ١٩٥٢ م .

ثانيا : القانون التجارى

أكثم الخولى ـــ دروس فى القانون التجارى جـ ٢ ـــ القاهرة ٦٩ ـــ حول تطور تشريعات القطاع العام ـــ مستخرج من العدد الثالث ـــ السنة السادسة من مجلة ادارة قضايا الحكومة .

أمين ملش ـــ الشركات ـــ القاهرة ١٩٥٧ م .

رزق الله أنطاكى ونهاد السباعى ـــ موسوعة الحقوق التجارية ـــ مطبعة الجامعة السورية ـــ دمشق ١٩٥٢ م .

عبد المعين لطفى جمعة ـــ موسوعة القضاء فى المواد التجارية ـــ القاهرة ١٩٦٧ م .

على جمال الدين عوض ـــ الشركات التجارية ـــ القاهرة ١٩٦٩ م .

على حسن يونس ـــ الشركات التجارية ـــ القاهرة ١٩٦٦ م ـــ النظام القانونى للقطاع الخاص والقطاع العام فى الشركات والمؤسسات ـــ القاهرة ١٩٦٧م.

على البارودى ـــ دروس فى القانون التجارى ـــ اسكندرية ١٩٦٨ م ـــ المشروع العام ـــ مقال فى مجلة الحقوق ـــ السنة ١٣ ـــ العددان ٣ و ٤ .

على الزينى ـــ أصول القانون التجارى ـــ القاهرة ١٩٤٥ م .

على العريف ـــ شرح القانون التجارى ـــ ملحق ١٩٥٥ ـــ القاهرة ١٩٥٩ .

غريب الجمال ـــ القطاع العام ـــ القاهرة ١٩٦٥ م .

فريد مشرقى ـــ أصول القانون التجارى ـــ القاهرة ١٩٥٤ م .

محسن شفيق ـــ القانون التجارى المصرى جـ ١ ـــ اسكندرية ١٩٤٩ م ـــ الوسيط فى القانون التجارى ـــ القاهرة ١٩٥٧ م ـــ الموجز فى القانون التجارى ـــ القاهرة ١٩٦٧/١٩٦٨ م .

محمد حسنى عباس ـــ المؤسسات العامة والشركات فى التشريع المصرى ـــ القاهرة ١٩٦٧ م .

محمد صالح ـــ شرح القانون التجارى المصرى ـــ القاهرة ١٩٤٥ م ـــ شركات المساهمة ـــ القاهرة ١٩٤٩ م .

محمود سمير الشرقاوى ـــ محاضرات فى القانون التجارى ـــ اسكندرية ١٩٦٥ م.

مصطفى طه ـــ القانون التجارى ـــ القاهرة ١٩٥٤ م ـــ الوجيز فى القانون التجارى ـــ اسكندرية ١٩٦٦ م .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .

مجموعة القواعد القانونية ـــ نقض مصرى .

مجلة المحاماة المصرية .

مجلة الحقوق ـــ كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .

ثالثا : الفقه الفرنسى

1 — George Ripert, *Traité élémentaire de Droit Com.,* Paris 1948.

2 — George Ripert et Paul Durano ; René Roblot, *Traité élémentaire de Droit Com.,* Paris 1959.

3 — Henry Blaise, *L'apport en Société.* Paris 1955.

4 — Jean Escarra, *Manuel de Droit Com.,* Paris 1947.

5 — Jean Escarra et Edouard Escarra, Jean Rault, *Société Commerciale.* T. III. Paris 1955.

6 — Joseph Hamel et Gaston Lagard, *Traité de Droit Com.,* Paris 1954.

7 — Leon Lacour et Jacques Bouteron, *Précis de Droit Com.,* Paris 1925.

8 — Leon Julliot de la Morandiére et René Rodière, Roger Houin, *Droit Com. ;* Paris 1968.

9 — Lyon-Caen et Renault ; *Droit Com. ;* Paris 1900.

10 — Thaller et J. Percerou, *Traité Elémentaire de Droit Com.;* Paris 1922.

11 — Dalloz ; *Répertoire Pratique de législation de doctrine et jurisprudence ;* Tome onzième, Paris 1925.

فهرس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

المراجـــع

مطابع الاهرام التجارية

رقم الايداع بدار الكتب
٥١٨٩ / ١٩٧٢

مطابع الأهرام التجارية